

Les Cahiers de droit



Le juge et les droits acquis en droit public canadien

Pierre-André Côté

Volume 30, numéro 2, 1989

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042952ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042952ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Côté, P.-A. (1989). Le juge et les droits acquis en droit public canadien. *Les Cahiers de droit*, 30(2), 359–439. <https://doi.org/10.7202/042952ar>

Résumé de l'article

Dans le souci de respecter les prévisions des sujets de droit et d'éviter que l'application générale d'une loi nouvelle ne porte indûment atteinte à leurs intérêts, le droit canadien consacre un principe de maintien des droits acquis.

Ce texte examine les sources et fondements historiques, juridiques et philosophiques du principe du maintien des droits acquis, en étudie le statut actuel et en décrit l'application jurisprudentielle en droit public canadien.

En faisant ressortir certains éléments de la rhétorique et de la politique jurisprudentielles des droits acquis, l'auteur entend notamment montrer que l'applicabilité des lois nouvelles aux faits pendants ou aux situations en cours n'est pas régie par des règles bien strictes : la faiblesse de la présomption de maintien des droits acquis, conjuguée au fait que le terme « droit acquis » constitue une notion floue, a pour conséquence que la solution des problèmes de droits acquis fait bien souvent appel, de la part des tribunaux, à une appréciation de type politique et suppose, en particulier, une comparaison des coûts individuels et sociaux de l'application générale ou restreinte de la loi nouvelle.

Le juge et les droits acquis en droit public canadien *

Pierre-André CÔTÉ **

« Prévoir est à la fois l'origine et le moyen de
toutes les entreprises, grandes ou petites. »

Paul Valéry

Dans le souci de respecter les prévisions des sujets de droit et d'éviter que l'application générale d'une loi nouvelle ne porte indûment atteinte à leurs intérêts, le droit canadien consacre un principe de maintien des droits acquis.

Ce texte examine les sources et fondements historiques, juridiques et philosophiques du principe du maintien des droits acquis, en étudie le statut actuel et en décrit l'application jurisprudentielle en droit public canadien.

En faisant ressortir certains éléments de la rhétorique et de la politique jurisprudentielles des droits acquis, l'auteur entend notamment montrer que l'applicabilité des lois nouvelles aux faits pendants ou aux situations en cours n'est pas régie par des règles bien strictes : la faiblesse de la présomption de maintien des droits acquis, conjuguée au fait que le terme « droit acquis » constitue une notion floue, a pour conséquence que la solution des problèmes de droits acquis fait bien souvent appel, de la part des tribunaux, à une appréciation de type politique et suppose, en particulier, une comparaison des coûts individuels et sociaux de l'application générale ou restreinte de la loi nouvelle.

* Ce texte a été rédigé au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal dans le cadre d'un projet de recherche sur *Le droit transitoire du Québec*. L'auteur tient à remercier le Fonds FCAR du Québec, le Ministère de la Justice du Québec et la Chambre des notaires du Québec d'avoir appuyé financièrement ce projet. Il remercie également les professeurs Jean-Maurice Brisson et Danielle Pinard d'avoir voulu commenter un projet de ce texte.

** Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

The presumption against interference with acquired or vested rights expresses a concern for the protection of the expectations and interests of those legal subjects who might be prejudicially affected by a change in statutory rules of law.

This text examines the historical, legal and philosophical sources and foundations of the vested rights principle, studies its present status and reviews its judicial applications in Canadian public law.

Underscoring certain features of the judicial rhetorics and politics of vested rights protection, the author argues that the applicability of new statutory rules to pending facts or legal situations is rarely determined by strict rules : the relatively light weight of the vested rights presumption and the radical indeterminacy of the vested rights concept itself, mean that solutions to vested rights problems often implies policy decisions on the part of the judiciary in which a balance is struck between the individual and social costs of a general or of a limited application of new legislation.

	<i>Pages</i>
1. Sources et fondements du principe de l'application restreinte de la loi nouvelle au nom de la protection des droits acquis	365
1.1. Les sources historiques et juridiques du principe du maintien des droits acquis	366
1.2. Les fondements philosophique et juridique de l'application restreinte de la loi nouvelle	374
1.2.1. Le respect des prévisions relatives à l'état futur du droit	375
1.2.2. Le respect des droits acquis	376
1.2.2.1. Les droits acquis : une notion floue	377
1.2.2.2. D'autres méthodes de définition des situations en cours	379
2. Le régime juridique du maintien des droits acquis	382
2.1. Le statut du principe du maintien des droits acquis	382
2.1.1. Le Parlement	382
2.1.2. Le Juge	385
2.1.3. L'Administration	387
2.2. Les expressions du principe du maintien des droits acquis	388
2.2.1. L'expression jurisprudentielle	388
2.2.2. L'expression législative	389
2.3. La survie des règles anciennes, corollaire de l'application restreinte	391
2.3.1. La notion de survie des règles anciennes	392
2.3.2. L'application générale des lois d'effet purement procédural	395
3. Les tribunaux et l'application restreinte de la loi nouvelle au nom du maintien des droits acquis en droit public canadien	397
3.1. Aperçu général du contentieux des droits acquis en droit public canadien	397
3.1.1. Libertés publiques — droit à l'égalité	397

3.1.2.	Relations de travail	399
3.1.3.	Accidents du travail	399
3.1.4.	Assurance-chômage	400
3.1.5.	Indemnisation des victimes d'accident d'automobile	400
3.1.6.	Régime public d'assurance-vie	401
3.1.7.	Citoyenneté	401
3.1.8.	Immigration	402
3.1.9.	Domaine public	403
3.1.10.	Réglementation des prix	404
3.1.11.	Fiscalité	406
3.1.12.	Protection de l'environnement	407
3.1.13.	Libérations conditionnelles	408
3.1.14.	Contrôle des armes à feu	409
3.1.15.	Lois de police	409
3.1.16.	Droit professionnel	410
3.2	La motivation des décisions	411
3.2.1.	Le rôle du juge dans le maintien des droits acquis : ni pur déterminisme, ni entière liberté	412
3.2.2.	La rhétorique jurisprudentielle des droits acquis	414
3.2.2.1.	La controverse relative à l'existence des droits acquis	414
3.2.2.2.	La controverse relative à l'intention du législateur	421
3.2.3.	La politique jurisprudentielle des droits acquis	428
3.2.3.1.	Les personnes	429
3.2.3.2.	Les circonstances	431
Conclusion	437

C'est l'une des grandes fonctions du droit que de fixer le temps et ainsi de permettre à chacun de dominer dans une certaine mesure son avenir. À ce titre, le droit permet d'entreprendre à moindre risque. L'entreprise humaine, en effet, se caractérise le plus souvent par la durée : elle s'étale dans le temps, projet qui naît, se réalise puis est mené à son terme. Parce qu'elle est durée, elle se conçoit mal sans un effort de prospective, d'anticipation. Parce qu'il est ordre, le droit réduit l'incertitude de l'avenir. Le droit et, en particulier, la loi apparaissent donc comme à la fois l'origine et le moyen de bien des entreprises.

La loi, cependant, constitue elle-même l'une de ces entreprises humaines qui naît, vit et meurt et dont la durée ne saurait toujours s'accorder à celle des projets que tout un chacun, à tout moment, conçoit et met en œuvre. Si la loi se veut ordre, la modification de la loi entraîne le désordre et risque de frustrer des efforts de prévision. Comment, alors, une loi nouvelle devrait-elle traiter ce quelque chose du passé qui peut subsister dans le présent ?

Toute nouvelle loi risque en effet de rencontrer des situations qui n'appartiennent sans partage, ni au passé, ni au présent. C'est le cas, par exemple, lorsqu'une personne acquitte le prix de son loyer : ce fait présent, le paiement, constitue, pour partie, la conséquence d'un fait passé, l'accord de volontés que le droit qualifie de contrat. Un changement dans les règles applicables à la location immobilière, par exemple, touchera le plus souvent des faits ou des ensembles de faits qu'il sera impossible de situer exclusivement dans le présent.

On reconnaît certes qu'il n'appartient pas à la loi nouvelle de revenir sur un fait entièrement accompli avant qu'elle n'entre en vigueur : le principe de la non-rétroactivité de la loi s'y oppose. Mais ce principe reste muet sur le sort qui doit être réservé à ces faits présents qui sont, d'une certaine façon, le prolongement ou la conséquence de faits passés, comme le paiement présent du loyer trouve sa source pour partie dans l'accord de volontés passé dont il constitue l'exécution. Quel sort la loi devrait-elle réserver à ces situations en cours ?

Le législateur a pu prévoir formellement d'assujettir les situations intermédiaires à des règles originales, conçues spécialement à leur intention et qui se distinguent tant des règles anciennes que des règles nouvelles. À défaut cependant de règle propre aux situations en cours, il faut choisir entre l'application générale ou l'application restreinte de la loi nouvelle.

On peut, en effet, préconiser que la loi nouvelle régie indistinctement tous les faits auxquels elle est par ailleurs susceptible de s'appliquer dès lors que ces faits se produisent après le moment où elle prend effet. On peut appeler cette solution celle de l'*application générale* de la loi nouvelle. Dans cette hypothèse, en effet, la loi nouvelle régit tous les faits qui surviennent après le moment où elle prend effet, indépendamment des relations que certains de ces faits pourraient entretenir avec des faits antérieurs.

On peut, au contraire, préconiser que la loi nouvelle ne s'applique pas à certains faits qui, bien que survenus après qu'elle ait pris effet, peuvent être considérés comme liés à un fait passé dont ils constituent la projection dans le présent : on peut appeler cette solution celle de l'*application restreinte* de la loi nouvelle. Dans cette seconde hypothèse, l'application de la loi nouvelle sera restreinte aux seuls faits qui n'entretiennent pas de telles relations avec des faits antérieurs¹. Les faits ainsi soustraits à l'application de la loi nouvelle seront régis par les règles qui étaient applicables à l'époque — antérieure —

1. Sur la portée de l'opposition effet général/effet restreint et sur les motifs qui incitent à préférer l'expression « effet général » à l'expression « effet immédiat » plus usitée, on verra notre texte : « La crise du droit transitoire canadien », à paraître aux *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*.

où s'est produit le fait auquel ils se rattachent. On appelle ce phénomène celui de la *survie* des règles anciennes.

C'est à dessein qu'il est ici fait référence au moment où la loi prend effet et non pas au moment où la loi entre en vigueur. En effet, le problème de l'application générale ou restreinte peut se poser aussi bien à l'égard d'une loi rétroactive que d'une loi simplement « simulactive ». Si, par exemple, une loi qui modifie les règles applicables aux rapports propriétaire-locataire entre en vigueur le 1^{er} janvier 1988, avec effet rétroactif au 1^{er} juillet 1987, il faudra se demander si cette loi aura effet à l'égard des baux en cours le 1^{er} juillet 1987, ou si son application n'est pas restreinte aux seuls contrats conclus après cette date. C'est donc par référence au moment de la prise d'effet de la loi, qui ne coïncide pas nécessairement avec celui de son entrée en vigueur, que doit se poser la question de l'application restreinte ou générale de la loi nouvelle.

Illustrons la distinction entre l'effet général et restreint de la loi nouvelle grâce à un exemple tiré de la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada². Au moment où, en 1970, le Gouvernement québécois procède à l'expropriation d'un bien, la loi prévoit que l'expropriant peut se désister de l'expropriation par l'accomplissement d'une simple formalité : le désistement est donc alors libre. En 1973, la *Loi sur l'expropriation* entre en vigueur et assujettit désormais le désistement à une autorisation préalable du Tribunal de l'expropriation. En 1979, le Gouvernement renonce à l'expropriation pratiquée en 1970 : doit-il obtenir l'autorisation prescrite par la loi de 1973 ? Si l'on répond oui, alors on préconise l'application générale de la loi de 1973, c'est-à-dire son application à l'égard de tous les désistements postérieurs à son entrée en vigueur, y compris à l'égard des désistements se rapportant à des immeubles expropriés à une époque où le désistement était libre. Si l'on répond non, alors on favorise plutôt l'application restreinte de la loi nouvelle, c'est-à-dire qu'un fait postérieur à l'entrée en vigueur de la loi (le désistement de 1979) sera néanmoins soustrait à l'effet de la loi nouvelle en raison du lien que ce fait entretient avec un fait passé (l'expropriation pratiquée en 1970). Ainsi, la loi nouvelle ne s'appliquera *pas à l'égard de tous les désistements* postérieurs à son entrée en vigueur. En droit canadien, cette seconde solution devra trouver sa justification dans la reconnaissance au Gouvernement d'un droit acquis opposable à la loi nouvelle, droit assurant l'immutabilité du régime juridique de l'expropriation pratiquée en 1970, l'intangibilité de la situation juridique alors créée et, par conséquent, la survie, pour cette situation, de la loi ancienne consacrant la liberté du désistement³.

2. *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation*, [1986] 1 R.C.S. 732.

3. Dans l'espèce, la Cour suprême a préconisé l'application générale de la loi nouvelle, déniait l'existence de droits acquis dans les circonstances.

Au Canada, en effet, dans le domaine du droit qu'on appelle statutaire, le choix entre l'application générale et l'application restreinte de la loi nouvelle est guidé par un principe général de droit, celui du maintien des droits acquis. En vertu de ce principe général, dégagé par la jurisprudence et en partie consacré par le législateur, la loi nouvelle n'est pas censée porter atteinte à un droit acquis avant la date où elle a pris effet, mais elle est opposable aux simples expectatives. La reconnaissance de droits acquis emporte l'application restreinte de la loi nouvelle : l'exercice des droits qualifiés d'acquis reste régi par les règles anciennes, écrites ou non écrites : à l'égard de cette situation particulière, ces règles anciennes sont réputées n'avoir pas été abrogées ; elles sont, dans la mesure nécessaire à l'exercice des droits acquis, réputées survivre. Si, par contre, on ne peut opposer à l'application de la loi nouvelle que de simples expectatives, il y aura lieu à application générale de la loi.

Cette étude porte sur l'application restreinte de la loi nouvelle au nom du maintien des droits acquis tel que ce phénomène peut être observé dans la jurisprudence de droit public au Canada. La décision de restreindre le champ d'investigation au droit canadien se passe de commentaires ; celle de le limiter au droit public s'explique de diverses manières.

Toute personne qui se livre à l'étude du droit transitoire se heurte à l'obstacle de sa propre méconnaissance des diverses disciplines et matières où se posent les problèmes d'application de la loi dans le temps. Comment peut-on apprécier tout à fait correctement une solution de droit transitoire dans ses fondements et dans ses effets lorsque le fond du droit, ainsi que son contexte politique, social et économique, ne sont pas familiers ? Même s'il se limite au droit public, le chercheur se trouve forcément entraîné dans des univers qui lui sont, à bien des points de vue, relativement inconnus : fiscalité, assurance-chômage, libérations conditionnelles, immigration, et ainsi de suite.

En ce qui a trait au droit privé québécois, à l'excuse de l'absence de familiarité s'ajoute la nécessité de tenir compte de la spécificité du droit civil et des efforts de théorisation entrepris ces dernières années par la doctrine civiliste pour faire face aux difficultés de droit transitoire associées à la réforme du Code civil⁴.

4. On verra, par exemple : Marcel GUY, « La réforme du droit de la famille à la lumière du droit transitoire », (1986) 89 *R. du N.* 143. C'est un fait incontestable que la théorie du droit transitoire a connu un développement infiniment plus important dans un pays de droit écrit comme la France que dans les pays anglo-saxon, où la doctrine s'est, en général, désintéressée des questions de législation. Voir, en général : « The Teaching of Legislation in Canadian Law Faculties », Symposium Proceedings, (1987) 11 *Dal. L. J.* 255.

L'incitation à restreindre l'étude au droit public provient également de la surabondance des documents jurisprudentiels à analyser. Même en droit public, il a fallu restreindre le champ d'investigation. Ainsi, tout le contentieux de la réglementation d'urbanisme (droit au permis de construire, droit à un usage dérogatoire) a été écarté, non seulement en raison du poids énorme qu'une prise en compte de ce contentieux aurait fait peser sur la recherche, mais aussi parce qu'il s'agit là d'un sujet déjà étudié⁵. A également été négligé l'important contentieux qui s'est développé autour du principe voulant que les lois d'effet purement procédural reçoivent une application générale : ce thème, que nous n'aborderons ici que brièvement, justifierait, en raison de son ampleur, une étude distincte⁶.

On considérera d'abord les sources historiques et juridiques ainsi que les fondements philosophiques et juridiques du principe de l'application restreinte de la loi nouvelle au nom du maintien des droits acquis (1). Ensuite, on analysera le régime juridique du principe du maintien des droits acquis en droit public, tels que les éléments de ce régime ressortent de la législation et de la jurisprudence canadiennes (2). Enfin, on examinera l'application du principe en droit public par les tribunaux canadiens afin, en particulier, de mettre en relief les éléments de la rhétorique et de la politique jurisprudentielles des droits acquis (3).

1. Sources et fondements du principe de l'application restreinte de la loi nouvelle au nom de la protection des droits acquis

La manière dont le juge canadien aborde la question de l'application des lois nouvelles aux situations en cours se rattache à une doctrine juridique d'apparition relativement récente, celle des droits acquis. On verra, dans un premier temps, comment cette doctrine est apparue, s'est développée et a été consacrée par le droit positif canadien pour prendre l'aspect qu'on lui connaît aujourd'hui (1.1). La réflexion portera ensuite sur les fondements du phénomène de l'application restreinte de la loi nouvelle au nom du maintien des droits acquis au Canada (1.2).

5. On verra, notamment : Lorne GIROUX *Aspects juridiques du règlement de zonage au Québec*, Québec, P.U.L., 1979, p. 369-481 ; Jacques L'HEUREUX, *Droit municipal québécois*, T.2, Montréal, Sorej, 1981, p. 684-699 ; Louis-Philippe PIGEON, « L'urbanisme et les droits acquis », [1982] *C.P. du N.* 215 ; I.M. ROGERS, *Canadian Law of Planning and Zoning*, Toronto, Carswell, 1973, § 5.9.

6. On verra, à ce propos, l'article de Paule BIRON « L'effet dans le temps des lois sur la preuve », (1987) 47 *R. du B.* 365.

1.1. Les sources historiques et juridiques du principe du maintien des droits acquis

Le problème de l'applicabilité des lois nouvelles aux situations en cours est ancien. Il était connu du droit du Bas-Empire romain. Une constitution de Théodose II, de l'an 440, rapportée au *Code de Justinien*⁷, distingue l'application de la loi aux faits futurs (*negotia futura*), aux faits passés (*negotia praeterita*) et aux faits en cours ou pendants (*negotia pendentia*). Il est déclaré que la loi nouvelle ne s'applique en principe qu'aux faits futurs : elle n'atteint pas les faits passés, ni même les faits en cours.

On constate que le droit romain n'analyse pas l'effet de la loi dans le temps à partir de la notion de droits acquis : l'applicabilité de la loi est fonction de la position temporelle des faits qu'elle régit et non pas de son effet à l'égard de prérogatives reconnues par la loi au sujet de droit⁸.

Il faut attendre l'époque médiévale pour voir opposés, dans la doctrine, les droits acquis (*jus quaesitum firmum*) à ce que nous appellerions aujourd'hui les simples expectatives (*jus existens in spe non autem firmiter quaesitum*). Ce n'est toutefois que dans la seconde moitié du XVIII^e siècle que la doctrine des droits acquis acquiert, à la faveur des conceptions individualistes et libérales qui s'affirment alors en Angleterre, une position de plus en plus dominante dans la façon de poser le problème de l'application de la loi dans le temps. C'est alors, en effet, que l'on voit apparaître dans la jurisprudence anglaise, faisant plus ou moins corps avec le principe de la non-rétroactivité de la loi, un principe général de droit voulant que les droits acquis avant l'entrée en vigueur de la loi ne sont pas atteints par cette dernière.

Au XIX^e siècles, les affirmations jurisprudentielles du principe du maintien des droits acquis se multiplient, ce principe se concevant le plus

7. I, 14, *De Leg.*, 7 : « Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit. » Pour une étude approfondie de l'histoire du droit transitoire, on verra : Paul ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, 2^e éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, 30s.

8. On peut s'étonner du fait que certains aient cru pouvoir faire remonter au droit romain une méthode de solution des conflits de lois dans le temps centrée sur le respect dû aux droits acquis. Dans l'affaire *Reid v. Reid*, (1886) 31 Ch.D. 402, p. 408, voici, par exemple, ce qu'expose le juge Bowen : « [...] the particular rule of construction which has been referred to [...] is embodied in the well known maxim, *Omnis nova constitutio futuris temporibus formam imponere debet non praeteritis*, that is, except in special cases, the new law ought to be construed so as to interfere as little as possible with vested rights. » Cette traduction pour le moins fantaisiste de la maxime tirée des *Institutes* de Justinien a toutefois un mérite : celui de montrer combien, au XIX^e siècle, le respect des droits acquis était devenu le critérium de la rétroactivité.

souvent comme l'expression concrète du principe de la non-rétroactivité de la loi, comme ne faisant qu'un avec celui-ci⁹. La loi qualifiée de rétroactive est celle qui porte atteinte à un droit acquis ; la loi qui porte atteinte à un droit acquis est qualifiée de rétroactive¹⁰.

L'affirmation législative du principe du maintien des droits acquis en cas d'abrogation de la loi, qui se trouve aujourd'hui aussi bien dans la *Loi d'interprétation* canadienne¹¹ que dans la *Loi d'interprétation* du Québec¹², apparaît en droit canadien dès le lendemain de la Confédération. C'est à cette

9. On trouvera plusieurs exemples cités dans S.G.G. EDGAR, *Craies On Statute Law*, 7^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1971, 387s.

10. Dans *Re Athlumney*, [1898] 2 Q.B. 551, p. 551-552, le juge Wright s'exprime ainsi : « Perhaps no rule of construction is more firmly established than this—that a retrospective operation is not to be given to a statute so as to impair an existing right or obligation, otherwise than as regards matter of procedure, unless that effect cannot be avoided without doing violence to the language of the enactment. » Dans la jurisprudence, les droits acquis sont souvent désignés par les termes *existing rights* plutôt que par les termes *accrued rights*, *acquired rights* ou *vested rights*.

11. *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, c. I-23, a. 35 :

« Lorsqu'un texte législatif est abrogé en tout ou en partie, l'abrogation

[...]

c) n'a pas d'effet sur quelque droit, privilège, obligation ou responsabilité acquis, né, naissant, ou encouru sous le régime du texte législatif ainsi abrogé ;

[...]; ou

e) n'a pas d'effet sur une enquête, une procédure judiciaire ou un recours concernant de semblables droits, privilèges, obligations, responsabilités [...] et une enquête, une procédure judiciaire ou un recours prévu à l'alinéa e) peut être commencé, continué, ou mis à exécution [...] comme si le texte législatif n'avait pas été ainsi abrogé. »

Au moment où ces pages sont écrites, ce texte est sur le point d'être remplacé par le suivant : S.R.C. c. I-21, a. 43 :

« L'abrogation, en tout ou en partie, n'a pas pour conséquence :

[...]

c) de porter atteinte aux droits ou avantages acquis, aux obligations contractées ou aux responsabilités encourues sous le régime du texte abrogé ;

[...]

e) d'influer sur les enquêtes, procédures judiciaires ou recours relatifs aux droits, obligations, avantages, responsabilités ou sanctions mentionnés aux alinéas c) et d).

Les enquêtes, procédures ou recours visés à l'alinéa e) peuvent être engagés et se poursuivre, et les sanctions infligées, comme si le texte n'avait pas été abrogé. »

On notera les améliorations dans l'expression de la version française de cette disposition. La version anglaise, par contre, a été très peu modifiée. La présente étude a été rédigée avant l'entrée en vigueur de la refonte. Comme la refonte n'est pas censée modifier le fond du droit et que la jurisprudence étudiée commentait la formation antérieure, l'auteur n'a pas jugé bon de remanier son texte pour tenir compte de la nouvelle formulation. Le lecteur voudra bien en tenir compte.

12. *Loi d'interprétation*, L.R.Q. c. I-16, a. 12 :

« L'abrogation d'une loi ou de règlements faits sous son autorité n'affecte pas les droits acquis [...]; les droits acquis peuvent être exercés [...] nonobstant l'abrogation. »

époque que le principe est intégré dans les lois d'interprétation fédérale¹³ et québécoise¹⁴. L'adoption de ces dispositions marque sans doute la volonté du législateur de faire échec à cette règle de common law selon laquelle il fallait considérer une loi abrogée comme n'ayant jamais existé, sauf en ce qui concerne les opérations entièrement accomplies avant l'abrogation¹⁵. L'application de cette règle pouvait donc compromettre l'exercice de droits conférés par la loi abrogée : les lois d'interprétation s'y opposent donc.

Les textes des lois d'interprétation ont subi depuis lors de nombreuses modifications, cette remarque étant plus particulièrement vraie du texte fédéral¹⁶. En outre, le législateur fédéral a incorporé à la *Loi d'interprétation* une disposition qui apporte une réserve concernant la façon de faire valoir un droit acquis en vertu d'un texte abrogé, dans l'hypothèse du remplacement de ce texte par un nouveau texte : la mise en œuvre de droit est assujettie, autant que faire se peut, aux dispositions procédurales du nouveau texte¹⁷. Cette règle n'a pas son pendant dans la *Loi d'interprétation* québécoise, mais elle s'appliquerait néanmoins également en droit québécois puisqu'elle ne constitue que la consécration du principe de common law qui affirme l'applicabilité générale des lois d'effet purement procédural.

La jurisprudence a connu elle aussi une évolution importante depuis le XIX^e siècle. En effet, au siècle dernier, le principe du maintien des droits acquis était conçu comme partie intégrante du principe de la non-rétroactivité de la loi : dans bien des cas, on identifiait atteinte aux droits acquis et rétroactivité. Cette conception, il faut le reconnaître, est encore dominante

13. *Acte d'interprétation*, (1867) 31 Vict., c. 1, a. 6 (36e).

14. *Acte d'interprétation de Québec*, (1868) 31 Vict., c. 7, a. 12.

15. « [W]hen an Act of Parliament is repealed, it must be considered (except as to transactions past and closed) as if it had never existed. » *Surtees v. Ellison*, (1829) 9 B.&C. 750, p. 752 ; 109 E.R. 278, p. 279 (Lord Tenderden).

16. *Supra*, note 11. Ce texte est plus libéral que le texte d'origine, car sont protégés, outre les droits acquis proprement dits, les droits et privilèges acquis, nés ou naissants.

17. *Loi d'interprétation fédérale*, S.R.C. 1970, a. I-23, a. 36 :

« Lorsqu'un texte législatif (au présent article appelé "texte antérieur") est abrogé et qu'un autre texte législatif (au présent article appelé "nouveau texte") y est substitué, [...] »

d) la procédure établie par le nouveau texte doit être suivie, autant qu'elle peut y être adaptée, [...] pour faire valoir des droits existants ou naissants aux termes du texte antérieur [...] »

Le texte correspondant des *Lois refondues du Canada 1985* (c. I-21, a. 44) :

« En cas d'abrogation et de remplacement, les règles qui suivent s'appliquent :

[...] »

d) la procédure établie par le nouveau texte doit être suivie, dans la mesure où l'adaptation en est possible :

[...] »

(ii) pour l'exercice des droits acquis sous le régime du texte antérieur,

[...] »

aujourd'hui au Canada ; en tout cas, c'est celle que partagent le plus grand nombre de juristes ¹⁸.

Toutefois, au début du XX^e siècle, certains juges anglais ont commencé à souligner l'ambiguïté du concept de rétroactivité alors en usage ¹⁹. En effet, la rétroactivité est envisagée, dans la tradition anglo-canadienne, tantôt comme exprimant un certain rapport entre le texte nouveau et des faits antérieurs (c'est ce qu'on appelle la conception objective de la rétroactivité), tantôt comme exprimant un rapport entre le texte nouveau et des prérogatives reconnues par le droit antérieur à certains sujets de droit (c'est ce qu'on appelle la conception subjective de la rétroactivité). Un même terme se trouve dès lors porteur de deux conceptions très différentes de l'action de la loi dans le temps ²⁰. Cela ne va pas sans entraîner beaucoup de confusion.

En voici l'illustration. Supposons qu'une personne ait commencé d'exploiter un commerce dans une municipalité à une époque où il n'y avait aucune réglementation de l'usage des sols. Que se passera-t-il dans l'éventualité de l'adoption d'un règlement vouant dorénavant l'immeuble où s'exploite le commerce à un usage exclusivement résidentiel ? Comme il s'agit d'un cas où le sujet a, d'après la jurisprudence, un droit acquis au maintien de l'usage commercial, l'application du règlement dans les circonstances de manière à interdire cet usage pour l'avenir serait qualifiée de rétroactive, selon la conception subjective de la rétroactivité. En effet, selon cette conception, est rétroactive la loi qui porte atteinte à des droits acquis. Si l'on adopte, par contre, une conception objective de la rétroactivité, ne sera considéré comme rétroactif que le texte législatif qui détermine le régime juridique d'un fait entièrement accompli avant son entrée en vigueur. Or, dans le cas qui nous occupe, le nouveau texte ne cherche pas à définir le régime juridique de l'usage antérieur de l'immeuble. Tout ce qui est en cause, c'est l'affectation future de celui-ci. Donc, l'application du nouveau texte à l'égard de l'immeuble en cause n'est pas rétroactive, selon la conception objective de la rétroactivité, bien qu'elle puisse porter atteinte à un droit préexistant, pour ce qui concerne son exercice futur.

18. Comme illustration de ce point de vue fort répandu, on verra *R. c. Walker*, [1970] R.C.S. 649, p. 667 (J. Martland).

19. Par ex. : *Allen v. Gold Reefs of W. Africa*, [1900] 1 Ch. D. 656, p. 673 (J. Lindley) ; *Gardner and Co. v. Cone*, [1928] 1 Ch. D. 955, p. 966 (J. Maugham).

20. Ce double aspect subjectif/objectif apparaît à la lecture de la définition de la rétroactivité donnée dans *Craies on Statute Law*, S.G.G. Edgar, éd., 7^e éd., Londres, Sweet and Maxwell, 1971, p. 387 : « A statute is to be deemed to be retrospective, which takes away or impairs any vested right acquired under existing laws [conception subjective] or creates a new obligation or imposes a new duty, or attaches a new disability in respect to transactions or considerations already past [conception objective]. »

Pour dissiper l'équivoque, certains juges ont préconisé que l'on distingue l'atteinte aux droits acquis ou « existants » de la rétroactivité de la loi. « Retrospective operation is one matter. Interference with existing rights is another », proclame le juge Buckley dans *West v. Gwynne*²¹. Cette affaire, fréquemment citée, mérite qu'on s'y arrête, car elle marque un point tournant dans l'histoire du droit transitoire anglo-canadien. Elle concerne l'applicabilité, à un bail en cours, d'une modification aux règles relatives à la cession et à la sous-location. Les règles modifiées devaient-elles s'appliquer à toutes les cessions ou sous-locations postérieures à leur entrée en vigueur ou bien fallait-il limiter leur applicabilité aux seules cessions et sous-locations consenties à l'égard de contrats de bail conclus après leur entrée en vigueur ? En somme, l'application des nouvelles règles devait-elle être générale ou restreinte ?

Le propriétaire, que l'application des règles modifiées défavorisait, invoquait le principe de la non-rétroactivité de la loi. Le juge Buckley rejeta cet argument : il fallait, selon lui, distinguer la rétroactivité de l'atteinte aux droits existants :

During the argument, the words « retrospective » and « retroactive » have been repeatedly used, and the question has been stated to be whether s. 3 of the *Conveyancing Act*, 1892, is retrospective. To my mind, the word « retrospective » is inappropriate, and the question is not whether the section is retrospective. *Retrospective operation is one matter. Interference with existing rights is another.* If an Act provides that as a past date the law shall be taken to have been that which it was not, that Act I understand to be retrospective. That is not this case. The question here is whether a certain provision as to the contents of leases is addressed to the case of all leases or only of some, namely, leases executed after the passing of the Act. *The question is as to the ambit and scope of the Act, and not as to the date as from which the new law, as enacted by the Act, is to be taken to have been the law.*²²

On ne saurait trop souligner l'importance, pour la suite du droit transitoire canadien, des idées exprimées dans ces quelques lignes. Une distinction capitale s'y trouve introduite entre deux problèmes absolument distincts, mais généralement confondus : celui, d'une part, de la détermination du moment où prennent effet les règles de droit que la loi énonce et, d'autre part, celui de l'applicabilité de ces règles à l'égard des situations en cours au moment où elles prennent effet. La rétroactivité se rapporte au premier problème : par fiction, elle prescrit que l'on devra dorénavant considérer que le droit, dans le passé, a été autre qu'il ne fut effectivement. Le problème de la rétroactivité se situe donc dans l'ordre du droit objectif et concerne la portée temporelle de la loi.

21. [1911] 2 Ch. D. 1, p. 11-12 (J. Buckley).

22. *Id.* (nous avons souligné).

Le maintien des droits acquis concerne, lui, non pas la date de la prise d'effet des règles de droit nouvelles, mais l'applicabilité de ces dernières à certaines situations concrètes, celles qui sont en cours au moment où prennent effet les nouvelles règles de droit. Cette question, qui se situe dans l'ordre des situations subjectives et concrètes, est susceptible de se poser aussi bien à l'égard d'une loi rétroactive que d'une loi qui ne l'est pas : l'une et l'autre risquent de rencontrer des situations en cours au moment où elles prennent effet.

En distinguant ainsi la question de la rétroactivité de la loi de celle de l'atteinte aux droits acquis, l'ambiguïté du concept de rétroactivité se trouve levée : la question de la rétroactivité se situe dans l'ordre du droit objectif ; celle des droits acquis, dans l'ordre des situations subjectives.

Cette distinction, affirmant l'autonomie du principe du maintien de droits acquis par rapport au principe de la non-rétroactivité de la loi, va trouver des échos sporadiques dans la jurisprudence canadienne²³. Dans la doctrine elle sera, dès 1953, préconisée par Elmer A. Driedger²⁴.

À compter de 1970, on remarque que la distinction entre la rétroactivité et l'atteinte aux droits acquis s'impose de plus en plus devant la Cour fédérale et la Cour suprême du Canada. Voici, par exemple, un extrait des notes du juge Gibson, de la Cour fédérale, dans l'affaire *Northern and Central Gas Corporation c. L'Office national de l'énergie*²⁵.

Alors qu'il est reconnu, comme règle d'interprétation, qu'une loi devrait si possible être interprétée de manière à respecter les droits acquis, cette règle est distincte de la règle selon laquelle aucune loi ne devrait être interprétée de manière à avoir un effet rétroactif. Alors qu'une loi rétroactive peut détruire des droits acquis, il ne s'ensuit pas qu'une loi est rétroactive simplement parce qu'elle détruit en fait des droits acquis.²⁶

23. Par exemple, le principe du maintien des droits acquis et celui de la non-rétroactivité seront présentés comme deux principes distincts : *The board of trustees of Acme Village School District v. Steele-Smith*, [1933] R.C.S. 47, p. 50 (J. Lamont).

24. Elmer A. DRIEDGER, « The Retrospective Operation of Statutes », dans *Legal Essays in Honour of Arthur Moxon*, Toronto, U. of T. Press, 1953, p. 3. Dans ses écrits ultérieurs, Driedger est resté fidèle à cette distinction : « It is apparent that accrued rights can be affected by both prospective statutes and retrospective statutes, and this circumstance has led to confusion between the vested rights and the retrospective presumptions. » : Elmer A. DRIEDGER, *Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983, p. 186.

25. [1971] C.F. 149.

26. *Supra*, note 3, p. 169. L'autonomie du principe du maintien des droits acquis est également affirmée dans les arrêts suivants de la Cour fédérale : *Zong c. Le Commissaire des pénitenciers*, [1976] 1 C.F. 657, p. 672 (C.A.F. ; J. Le Dain) ; *MacLean c. Le procureur général du Canada*, [1980] 1 C.F. 163, p. 177 (C.F. ; J. Cattanach) ; *Dalton v. Canadian Human Rights Commission*, (1984) 15 D.L.R. (4th) 548, p. 558 (C.F. ; J. Reed).

C'est en 1977 que les idées mises de l'avant par le juge Buckley dans *West v. Gwynne* vont recevoir leur consécration par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Gustavson Drilling*²⁷. L'affaire concerne l'effet d'une loi de 1962 sur les conséquences fiscales, à l'égard des années d'imposition 1965 à 1968, d'une vente intervenue en 1960. Le juge Dickson, dont les notes paraissent s'inspirer des propos du juge Buckley²⁸ (encore que l'affaire *West v. Gwynne* ne soit pas citée), établit une nette distinction entre la rétroactivité et l'atteinte aux droits acquis. La rétroactivité est conçue de façon objective : elle implique un report dans le passé du moment où la loi prend effet ou, en d'autres termes, la détermination du régime juridique d'une opération survenue avant l'entrée en vigueur²⁹. Quant à la question de l'atteinte aux droits acquis, elle est traitée de façon distincte, le juge soulignant (à la page 282) que le principe du maintien des droits acquis s'applique aussi bien à l'égard des lois rétroactives qu'à l'égard de celles qui ne produisent d'effet que pour l'avenir³⁰.

La Cour se trouve ainsi à préconiser, pour l'étude des problèmes d'application de la loi dans le temps, une méthode comportant deux étapes entièrement distinctes. La première consiste à vérifier si l'application de la loi aux faits implique un effet rétroactif, c'est-à-dire un report dans le passé du moment de prise d'effet de la loi. La seconde consiste à vérifier si l'application de la loi, qu'elle soit ou non rétroactive, porte atteinte à un droit acquis. La rétroactivité et l'atteinte aux droits acquis se conçoivent alors comme deux motifs entièrement distincts de refuser l'application de la loi nouvelle. L'aspect objectif et l'aspect subjectif du problème de l'application de la loi dans le temps se trouvent ainsi distingués, le premier s'attachant au principe de la non-rétroactivité de la loi, le second, au principe du maintien des droits acquis.

27. *Gustavson Drilling (1964) Limited v. Le ministre du revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271.

28. La conception de la rétroactivité est objective et exprimée dans des termes quasi identiques. Qu'on en juge : — « If an Act provides that as a past date the law shall be taken to have been that which it was not, that Act I understand to be retroactive » (j. Buckley, p. 12). — « The section as amended by the repeal does not purport to deal with taxation years prior to the date of the amendment ; it does not reach into the past and declare that the law or the rights of the parties as of an earlier date shall be taken to be other than they were as of that earlier date. » (j. Dickson, p. 279).

29. « An amending enactment may provide that it shall be deemed to have come into force on a date prior to its enactment or it may provide that it is to be operative with respect to transactions occurring prior to its enactment. In those instances the statute operates retrospectively. » (p. 279) Nous préférons citer ici la version anglaise du jugement, car la version française se révèle manifestement infidèle à l'original. L'expression « transactions occurring » est rendue par « transactions conclues », ce qui a un tout autre sens.

30. « The presumption that vested rights are not affected unless the intention of the legislature is clear applies whether the legislation is retrospective or prospective in operation » (p. 282) (nous avons souligné).

C'est effectivement cette méthode comportant deux étapes, et distinguant donc rétroactivité et atteinte aux droits acquis, que la Cour suprême a suivie dans l'arrêt récent *Procureur Général du Québec c. Tribunal de l'expropriation*³¹. On notera également que, dans un arrêt antérieur, *Manitoba Government Employees Association c. Le Gouvernement du Manitoba*³², le principe de la non-rétroactivité et celui du maintien des droits acquis avaient été envisagés comme deux principes distincts.

L'autonomie du principe du maintien des droits acquis est donc bien reconnue par les cours d'institution fédérale. Il n'en va pas de même pour les cours d'institution provinciale : la distinction entre l'effet rétroactif et l'atteinte aux droits acquis s'y rencontre plus rarement³³ et l'on note une tendance marquée à traiter les questions de rétroactivité selon une approche subjective, centrée sur l'atteinte à des droits acquis³⁴. Il est toutefois permis de penser, et en même temps de souhaiter, que la méthode d'analyse en deux étapes préconisée par la Cour suprême soit adoptée par l'ensemble des juristes canadiens, car elle lève une ambiguïté radicale affectant la notion de rétroactivité et permet un traitement moins approximatif des questions d'application de la loi dans le temps.

On peut également penser que l'évolution qui a conduit à distinguer application rétroactive et atteinte aux droits acquis devrait se poursuivre de façon à éviter que ces deux termes ne soient conçus comme reflétant deux méthodes alternatives d'analyse d'une situation de rétroactivité véritable. Lorsque la loi nouvelle a effet rétroactif, elle s'avère, la plupart du temps, susceptible de porter aussi atteinte à un droit fondé sur le droit ancien. La décision de ne pas appliquer la loi peut alors être justifiée aussi bien par le principe de la non-rétroactivité de la loi que par celui du maintien des droits acquis³⁵. La situation serait beaucoup plus claire si l'on s'entendait pour

31. [1986] 1 R.C.S. 732. On verra aussi, quant à la distinction de l'effet rétroactif et de l'effet immédiat : *La Commission de protection du territoire agricole c. Venne*, C.S.C., le 20 avril 1989.

32. [1978] 1 R.C.S. 1123, p. 1144-1145 (j. Ritchie).

33. On la trouve dans les arrêts suivants : *Board of Commissioners of Public Utilities v. Nova Scotia Power Corporation*, (1977) 75 D.L.R. (3d) 72 (N.S. C.A.) 81 (j. MacKeigan) ; *Ville de Québec c. Magasins Talbot Inc.*, [1977] C.A. 384, p. 387 (j. Bélanger).

34. On verra, par exemple : *Perrie v. Martin*, (1983) 34 C.P.C. 244 (Ont. C.A.), infirmé par [1986] 1 R.C.S. 41.

35. Dans l'arrêt *Martin c. Perrie*, [1986] 1 R.C.S. 41, où il s'agissait de décider si une nouvelle règle pouvait s'appliquer de manière à faire naître un droit de créance antérieurement éteint par prescription, la Cour a jugé pour la négative. Le juge Chouinard s'y est réclamé des notes du juge Dickson dans *Gustavson Drilling*. Il n'est toutefois pas facile de déterminer si le refus d'appliquer la loi dans les circonstances est fondé sur le motif que cela lui aurait donné un effet rétroactif, en revenant sur un fait accompli (l'effet libératoire de la

réserver la référence au principe du maintien des droits acquis à la solution des seuls problèmes d'application de la loi aux situations en cours et si l'on évitait de parler de droits acquis, sauf à titre purement subsidiaire, lorsqu'on est confronté à un problème de rétroactivité véritable.

Au plan méthodologique, cela pourrait se traduire de la façon suivante. Confronté à un problème d'application de la loi dans le temps, il faudrait d'abord se demander si l'application de la loi produit, dans les circonstances, un effet rétroactif au sens strict, c'est-à-dire implique un report dans le passé du moment de la prise d'effet de la loi nouvelle. Si l'on conclut à la rétroactivité, la loi ne saurait, en principe, s'appliquer et l'on ne devrait pas parler de droits acquis sauf à titre strictement subsidiaire. Si l'application de la loi n'est pas rétroactive, ou si sa rétroactivité a été prévue, alors se poserait la seconde question : la loi porte-t-elle atteinte à des droits acquis ? Dans l'affirmative, le principe du maintien des droits acquis entrerait en jeu ; dans la négative, rien ne s'opposerait à l'application de la loi.

Distinct du principe de la non-rétroactivité, le principe du maintien des droits acquis sert donc aujourd'hui de fondement juridique à l'application non-rétroactive aussi bien que restreinte des lois nouvelles. Cette exigence de respect des droits acquis trouve elle-même son fondement dans une certaine conception de la justice dans les rapports entre la personne et le droit.

1.2. Les fondements philosophique et juridique de l'application restreinte de la loi nouvelle

L'application restreinte de la loi nouvelle trouve son fondement philosophique dans la volonté d'éviter aux sujets de droit le préjudice pouvant leur résulter de la remise en cause des prévisions qu'ils ont faites quant à l'état futur du droit (1.2.1). Au plan juridique, l'application restreinte trouve sa justification, au Canada, dans le respect dû aux droits acquis (1.2.2.).

prescription extinctive), ou plutôt sur le motif que l'application de la loi nouvelle aurait, en l'espèce, porté atteinte aux droits que le débiteur aurait acquis du fait de l'écoulement du délai de prescription. Sans doute doit-on considérer que la décision est justifiée aussi bien par le principe de la non-rétroactivité que par celui du maintien des droits acquis. Il eut été préférable, à notre avis, de s'en tenir au motif de rétroactivité, car il était suffisant pour disposer de l'affaire et il ne se posait, dans les circonstances, aucun problème d'application d'une loi nouvelle à l'égard d'une situation en cours.

1.2.1. Le respect des prévisions relatives à l'état futur du droit

Instrument de direction des conduites humaines, la règle de droit contribue à rendre moins imprévisible le comportement des sujets de droit ³⁶. Cela tient de l'évidence. Cependant, on ne réalise pas toujours combien les prévisions fondées sur les règles de droit reposent souvent, non pas seulement sur le droit en vigueur au moment où ces prévisions sont faites, mais aussi sur une représentation du droit de l'avenir et sur l'hypothèse que ce droit sera identique au droit actuel.

Si, en effet, le sujet de droit, dans l'exercice de sa liberté, choisit de se déterminer selon des motifs d'ordre juridique et si son action ou son inaction comportent un élément de durée, alors sa décision de passer à l'action dans le cadre du droit, aussi bien que celle de s'abstenir d'agir, reposeront sur une estimation de l'état futur du droit, sur une vision prospective du droit. Or, si l'on peut supposer que le droit changera éventuellement, il est généralement impossible de savoir quand ce changement se produira et encore moins quelle forme il prendra. La seule prévision raisonnable qui soit à la portée du sujet de droit, c'est celle qui préside à presque toutes les décisions fondées sur le droit, c'est que le droit ne changera pas. Nous en sommes tous, par la force des choses, réduits à faire le pari de la stabilité de l'ordre juridique ³⁷.

Lorsque, par exemple, une personne prend la décision de se lancer dans l'exploitation d'un commerce, sa décision, dans la mesure où elle se trouve en partie déterminée par des considérations juridiques relatives à l'usage qu'il est légalement permis de faire d'un immeuble, prend nécessairement en compte, non seulement l'usage autorisé par la loi au moment de la décision d'entreprendre, mais aussi celui qui sera autorisé dans l'avenir, pendant la durée de l'exploitation. La décision d'entreprendre l'exploitation du commerce reposera ainsi sur une prévision de la stabilité du droit de l'urbanisme.

36. « Dans la flexibilité, dans l'incertitude des relations humaines, l'homme a le plus grand besoin de trouver une continuité, une certitude. Il doit pouvoir calculer ce que fera l'autre, savoir avec le maximum de garantie ce qu'il peut attendre de cet autre, qui mûrit des desseins secrets au fond de son cœur. Or, quand les deux entrent dans le cercle du droit, cette prévision est aisée. Car certains signes communs, certains liens établis permettent de savoir exactement quelle est l'intention, quelle sera l'attitude du voisin. » Jacques ELLUL, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », (1963) 8 *Arch. phil. dr.* 21, p. 30.

37. Dans l'arrêt *Gustavson Drilling*, (*supra*, note 27), le juge Dickson écrit (p. 283) : « Un contribuable est libre de planifier sa vie financière en se fondant sur l'espoir que le droit fiscal demeure statique. » Cette observation peut être étendue à tous les sujets de droit quant à tous les aspects de leur vie, et il faut ajouter que toute personne qui planifie n'est pas vraiment libre de se fonder sur l'espoir de la stabilité du droit : celui qui se fonderait sur l'espoir que le droit change courrait le risque d'attendre longtemps !

Mais tout ce qui est humain change, doit changer. Le droit et la loi n'échappent pas à cette règle. Un changement du droit, ne vaudrait-il que pour l'avenir³⁸, peut entraîner un préjudice pour ceux qui, antérieurement, avaient fait le pari de la stabilité des règles juridiques. Le commerçant qui, en vue d'une exploitation durable, a investi énergie et ressources dans son entreprise, se verrait frustré de ses efforts si on lui appliquait un changement des règles d'affectation du sol interdisant l'exploitation de son commerce, lors même que ces règles ne régiraient que l'exploitation future. Tout changement dans le droit, qu'il ait un caractère rétroactif ou seulement prospectif, risque en effet de tromper des attentes formées sur la base du droit antérieur.

Comment concilier changement du droit objectif et stabilité des situations subjectives et concrètes? Le mécanisme de l'application restreinte de la loi nouvelle permet un compromis. Il assure le respect des prévisions de stabilité grâce à la survie du droit antérieur à l'égard de certaines situations subjectives et concrètes tout en assurant l'applicabilité de la loi nouvelle à l'égard des autres situations. Il réalise le changement du droit objectif dans la continuité des situations subjectives en cours.

Justifiée, au plan philosophique, par le respect dû aux prévisions, l'application restreinte ne se justifiera, au plan du droit canadien, qu'à l'égard de certaines prévisions, celles qui ont amené la naissance de droits acquis.

1.2.2. Le respect des droits acquis

Parmi les actes de prévision, la tradition anglo-canadienne distingue les actes qui constituent de simples expectatives de ceux qui ont fait naître des droits acquis : les simples expectatives tombent devant la loi nouvelle tandis que les droits acquis doivent, en principe, donner lieu à une application restreinte de la loi afin d'assurer leur maintien.

38. La frustration des efforts de prévision est le fait de tout changement législatif, que la loi nouvelle ait effet pour le passé ou pour l'avenir. Le changement du droit pour l'avenir est un phénomène normal, quoique susceptible de causer préjudice aux personnes qui se sont déterminées au regard du droit ancien. Le changement du droit à l'égard d'une période antérieure à l'entrée en vigueur de la loi, la rétroactivité, constitue une pratique anormale (quoique susceptible de se justifier dans certaines circonstances) qui risque, elle aussi, de tromper les attentes des sujets de droit. Alors que tout changement est source d'instabilité, le changement rétroactif provoque, lui, de surcroît, de l'insécurité. « L'office des lois est de régler l'avenir. Le passé n'est plus en leur pouvoir. Partout où la rétroactivité des lois serait admise, non seulement la sûreté n'existerait plus, mais son ombre même. » (Portalès). La frustration des efforts de prévision pouvant résulter de l'application aux situations en cours autant d'une loi rétroactive que d'une loi non rétroactive, on peut sans doute y voir l'une des causes de la traditionnelle confusion de l'effet rétroactif et de l'effet général de la loi nouvelle.

La notion de droit acquis est toutefois notoirement imprécise (1.2.1.1). Pour remédier à cette indétermination, d'autres méthodes de définition des situations en cours ont d'ailleurs été mises de l'avant (1.2.1.2).

1.2.2.1. Les droits acquis : une notion floue

L'application restreinte de la loi nouvelle suppose qu'un fait postérieur à la date de prise d'effet de la loi échappe au régime de celle-ci en raison d'un lien que ce fait entretient avec un fait survenu avant cette date. Tout le problème réside dans la façon de concevoir ce lien entre des faits, c'est-à-dire dans le choix de la technique retenue pour établir ce rapport entre des faits et permettre d'affirmer que l'on a affaire à une situation en cours à la date de prise d'effet de la loi plutôt qu'à une situation antérieure ou postérieure à cette date.

En droit statutaire canadien, c'est le concept de droit acquis qui sert à établir cette relation. Si un fait postérieur à la date de prise d'effet de la loi échappe au domaine de celle-ci, c'est parce que ce fait est représenté comme le prolongement ou la suite d'un fait antérieur acquisitif de droit, c'est-à-dire un fait qui a fait entrer dans le patrimoine de la personne une prérogative juridiquement reconnue appelée un droit.

Revenons un instant à l'exemple tiré de l'arrêt *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation*³⁹. Il s'agissait, dans cette affaire, de savoir si un fait, le désistement d'une expropriation, devait tomber sous le coup d'une loi nouvelle soumettant les désistements à une formalité d'autorisation préalable qui n'existait pas au moment de l'expropriation. Le Gouvernement du Québec voulait soustraire ce fait à la compétence de la loi nouvelle. Pour y arriver, il fallait qu'il démontre qu'un fait antérieur au changement législatif, l'expropriation, avait fait naître en sa faveur une prérogative, un pouvoir, un droit, en somme, dont le fait postérieur, le désistement, constituait seulement la mise en œuvre. Il fallait démontrer l'existence d'un fait antérieur à la date de la prise d'effet de la loi, fait acquisitif d'un droit et ayant entraîné la création d'un rapport juridique concret. Ce droit qu'il fallait présenter comme acquis, c'était celui de se désister librement de l'expropriation.

Cette technique de définition des situations en cours, fondée sur la survenance d'un fait acquisitif de droit, a été, en raison surtout de la trop grande imprécision du concept de droits acquis, l'objet de critiques entièrement justifiées. Ce serait effectivement faire preuve de témérité que de chercher à

39. *Supra*, note 2.

définir ce qu'il faut entendre par cette expression⁴⁰. Il vaut mieux renoncer à déterminer la signification « d'une expression aussi vague et imprécise »⁴¹ et reconnaître, avec Paul Roubier⁴², qu'on ne peut rien tirer de ces termes : sont simplement qualifiés d'acquis les droits « qui ne peuvent nous être enlevés sans causer une grave injustice, et sans nous dépouiller de ce qu'on avait raison d'en attendre »⁴³.

Face à l'indétermination radicale de la notion qui est censé fournir le critérium de l'application restreinte ou générale des lois nouvelles, d'autres méthodes de définition des situations en cours ont été imaginées. Car le recours à la notion de droit acquis n'est nullement nécessaire et on peut très bien concevoir d'autres théories des situations en cours. Au Canada, toutefois, compte tenu que le principe du maintien des droits acquis se trouve consacré par le législateur et qu'il est profondément ancré dans la pratique jurisprudentielle, il y a peu d'espoir de voir appliquer une autre approche des problèmes posés par l'application générale ou restreinte de la loi nouvelle que celle fondée sur le respect des droits acquis.

Cela dit, la prise de conscience du fait que la notion de droit acquis constitue une notion floue ou une notion à contenu variable devrait cependant conduire les juristes canadiens à s'interroger sur les facteurs qui paraissent influencer sur la décision que prend le juge, par exemple, de considérer qu'une situation concrète donnée mérite ou ne mérite pas une protection contre l'effet préjudiciable de la loi nouvelle. Dans cette recherche, la considération d'autres méthodes de définition de la situation en cours peut fournir un éclairage précieux.

40. Certains n'en manquent pas. On verra Louis CÔTÉ, « Retrospectivity, Acquired Rights, Existing Rights and Section 35 of the Federal Interpretation Act », (1984) 15 R.D.U.S. 113, p. 119-120.

41. *Taylor Blvd. Realities Ltd. c. Cité de Montréal*, [1963] B.R. 839, p. 844 (J. Taschereau).

42. « Nous pourrions tourner et retourner cette proposition, d'après laquelle les droits acquis doivent être respectés par le législateur, nous n'en tirerons rien. C'est simplement un mot : car sous ce terme de droits acquis on entend justement les droits qui doivent être respectés par le législateur : c'est donc *idem per idem* ! Il faut se demander quels droits doivent être spécialement respectés, et nous apprendrons alors ce qu'est un droit acquis. On peut différer d'opinion sur le point de fixer jusqu'où cette protection doit être étendue, mais le mot "droits acquis" ne fait qu'exprimer le résultat des recherches, et indiquer quels sont les droits qui ne seront pas touchés par un changement de législation ; » Paul ROUBIER, *supra*, note 7, p. 168-169. Les observations de Michel KRAUSS vont dans le même sens : « Réflexions sur la rétroactivité des lois », (1983) 14 R.G.D. 287, p. 292-293.

43. *Syndic des écoles protestantes de la Cité d'Outremont c. Cité d'Outremont*, [1951] B.R. 676, p. 692 (J. Bissonnette).

1.2.2.2. D'autres méthodes de définition des situations en cours

En droit français, la doctrine des droits acquis a été supplantée, dans une large mesure, par la méthode dite de l'effet immédiat préconisée par le doyen Roubier⁴⁴. Selon cette méthode, le principe unificateur des faits repose sur la notion « objective » de situation juridique en cours plutôt que sur le concept « subjectif » de droits acquis. Pour Roubier, en effet, l'action de la loi dans le temps doit se concevoir en rapport avec la création, les effets et l'extinction de situations juridiques. Ainsi, la loi organiserait la création et l'extinction de la situation juridique de propriétaire d'un bien immobilier de même que les effets attachés à cette situation. Lorsqu'une loi est modifiée, elle risque de rencontrer alors des situations concrètes en cours de création ou d'extinction, ou encore en cours d'effet. Dans le système de Roubier, seules les situations en cours d'effet, et, parmi celles-ci, seules les situations d'origine contractuelle, devraient justifier l'application restreinte de la loi nouvelle. Dans le cas de situations en cours de constitution ou d'extinction, ou de situations légales en cours d'effet, le principe applicable serait celui de l'application immédiate ou générale de la loi nouvelle.

Ainsi, la modification des conditions applicables au désistement en matière d'expropriation serait considérée, dans le système de Roubier, comme s'appliquant aux biens expropriés avant la modification, car la situation de propriétaire d'un bien immobilier est une situation légale et, en outre, la modification concerne le mode d'extinction d'une situation juridique et s'applique donc de façon immédiate aux situations en cours en ce qui concerne leur extinction future.

On a reproché à ce système son caractère trop abstrait, trop théorique, de même que sa trop grande imprécision⁴⁵. Il semble, d'ailleurs, qu'il n'ait pas réussi à s'imposer totalement en France, même en droit civil, et que la jurisprudence ait, dans une assez large mesure, continué de se réclamer de la doctrine des droits acquis⁴⁶. Ajoutons qu'il s'agit d'une méthode qui, par son souci de hâter l'application de la loi nouvelle, apparaît incompatible avec la philosophie libérale qui inspire le droit positif canadien et qui se manifeste par la part très large faite au maintien des droits acquis dans un but de protection des intérêts individuels.

44. Cette méthode est également préconisée au Québec pour l'analyse de l'application dans le temps des modifications au *Code civil*. On verra : Marcel GUY, « La réforme du droit de la famille à la lumière du droit transitoire », *supra*, note 4.

45. Eugène-Louis BACH, « Contribution à l'étude du problème de l'application de la loi dans le temps », (1969) 67 *Rev. tr. dr. civ.* 405, n^{os} 13s.

46. Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, t. I, « Introduction générale », 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1982, p. 268.

Une autre méthode alternative a été mise de l'avant par le professeur Jacques Héron pour poser le problème de l'application de la loi nouvelle aux situations en cours⁴⁷. Selon cette méthode, la situation en cours se définit à partir de la règle de droit. Pour Héron, l'application de la loi dans le temps s'analyse comme l'application des règles de droit que la loi énonce. Ces règles de droit établissent une relation d'imputation ou de non-imputation entre deux éléments, un présupposé, qui définit le ou les faits pris en compte par la règle, et un effet juridique. Ainsi, la règle qui impose à celui qui a exproprié un bien d'obtenir l'autorisation du Tribunal de l'expropriation en cas de désistement peut se formuler ainsi : si quelqu'un exproprie un bien (fait n° 1) puis se désiste de l'expropriation (fait n° 2) (c'est un présupposé constitué de deux faits), alors cela entraîne (il s'agit d'un rapport d'imputation) l'obligation préalable d'obtenir l'autorisation du Tribunal de l'expropriation (c'est l'effet juridique).

Dans ce système, la situation en cours se définit par la dispersion des faits, c'est-à-dire qu'elle s'identifie à l'hypothèse où les faits concrets qui réalisent le présupposé d'une règle se sont produits pour partie avant et pour partie après la date de prise d'effet de la loi. Par exemple, dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation*⁴⁸, la loi nouvelle a pris effet en 1973 alors que le premier fait envisagé par le présupposé, l'expropriation, date de 1970, et le second fait, le désistement, de 1979. On aurait donc affaire ici à une situation en cours, car les faits qui réalisent le présupposé se sont produits de part et d'autre du moment de la prise d'effet de la modification : il y a dispersion des faits ou « faits pendants ».

Dans le cas de dispersion des faits, Héron estime que le choix entre l'application générale ou restreinte de la loi est purement question d'opportunité : à son avis, il n'est pas possible de formuler de règles à ce sujet⁴⁹. Héron se trouve à rejeter aussi bien un principe d'application immédiate ou générale, dans la ligne de la doctrine de Roubier, qu'un principe de survie au nom des droits acquis.

La représentation que donne Jacques Héron des situations en cours apparaît tout à fait éclairante. Par l'accent qu'il met sur la règle de droit et sur la situation temporelle des faits juridiques, sa méthode rend compte dans une très large mesure de la démarche suivie intuitivement par le juge canadien lorsqu'il est saisi d'un problème d'application de la loi dans le temps⁵⁰. La

47. Jacques HERON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps », (1985) 84 *Rev. tr. dr. civ.* 277.

48. *Supra*, note 31.

49. *Supra*, note 47, n° 51s.

50. C'est ce que nous avons cherché à montrer dans le texte « La position temporelle des faits juridiques et l'application de la loi dans le temps », (1988) 22 *R.J.T.* 207.

thèse que le choix entre l'application restreinte et l'application générale n'est régi par aucune règle s'accorde assez bien avec les conclusions de l'analyse du contentieux de droit public canadien que nous avons menée : le choix entre l'application générale ou l'application restreinte, dans la jurisprudence canadienne, paraît déterminé en réalité moins par le principe général du maintien des droits acquis que par l'appréciation que le juge fait, au regard des circonstances de chaque cas, de l'opportunité d'appliquer ou non la loi nouvelle de façon générale. On aura l'occasion d'y revenir.

Cette méthode ne permet cependant pas de rendre compte de plusieurs décisions où nos tribunaux reconnaissent des droits acquis. Par exemple, la jurisprudence reconnaît que celui qui a commencé à jouir légalement d'un immeuble peut opposer des droits acquis à l'encontre d'une modification à la réglementation d'urbanisme : il a droit à un « usage dérogatoire ». Il est difficile de voir comment cette jurisprudence peut s'expliquer à partir du modèle de la dispersion des faits.

Il ne faut pas se faire d'illusion sur la possibilité que la méthode préconisée par Héron, qui est une méthode exigeante au plan de l'analyse, supplante, au Canada, l'approche traditionnelle fondée sur le maintien des droits acquis. Cette dernière, faite d'imprécisions et d'approximations, se révèle, au fond, bien commode. Consacrée par des lois générales, elle s'avère singulièrement utile en pratique dans la mesure où elle ne gêne pas une recherche pragmatique de la juste solution et autorise en même temps une justification très formelle des choix qui n'en révèle pas toujours les motifs précis.

Il paraît essentiel, cependant, que l'on puisse nettement distinguer les cas où l'on a affaire à une application rétroactive de la loi de ceux où n'est en cause qu'une application générale. La méthode proposée par Jacques Héron permet de définir plus nettement la notion de rétroactivité⁵¹. Elle autorise également des rapprochements entre certaines situations en cours qui peuvent s'analyser en termes de droits acquis et d'autres qui, par leur nature, sont difficilement susceptibles de s'appréhender en termes de droits subjectifs⁵².

51. C'est cette méthode que nous avons préconisée dans notre « Contribution à la théorie de la rétroactivité des lois », [à paraître dans la *Revue du Barreau canadien*].

52. Par exemple, un règlement municipal limitant à 48 heures consécutives le stationnement autorisé dans les rues de la municipalité peut-il s'appliquer à l'égard d'un véhicule stationné 24 heures avant le moment de l'entrée en vigueur du règlement ? Si oui, peut-on, dans l'application du nouveau texte, prendre en considération la période de stationnement antérieure ? Il est difficile de traiter un problème de cette nature uniquement en termes de rétroactivité ou d'atteinte à des droits acquis. Une approche faisant appel à la notion de dispersion des faits semble plus satisfaisante. On verra, en rapport avec cet exemple, notre

2. Le régime juridique du maintien des droits acquis

Le maintien de droits acquis est lié, en droit anglo-canadien, aussi bien au phénomène de la non-rétroactivité qu'à celui de l'application restreinte de la loi. On étudiera ici le régime juridique du maintien des droits acquis que dans la seule hypothèse où ce maintien est invoqué en rapport avec l'application restreinte de la loi nouvelle.

L'application restreinte de la loi nouvelle se justifie, au Canada, au nom d'un principe dont le *statut* varie selon qu'on l'envisage par rapport au législateur, au juge ou à l'Administration (2.1). Ce principe, formulé en premier lieu par la jurisprudence, a connu une *expression* législative dont la portée fait problème (2.2). Son application, enfin, a pour corollaire la *survie* du régime juridique antérieur (2.3).

2.1. Le statut du principe du maintien des droits acquis

Le Législateur, le Juge et l'Administration ne peuvent envisager le principe du maintien des droits acquis de la même manière. Alors que ce principe n'est pas opposable au Parlement (2.1.1), il est censé guider la décision du juge (2.1.2) et peut contraindre l'action de l'Administration (2.1.3.).

2.1.1. Le Parlement

Contrairement au principe de la non-rétroactivité de la loi, qui se trouve en partie incorporé dans les chartes des droits et dans la Constitution⁵³, le principe du maintien des droits acquis a valeur de simple règle générale, de simple recommandation, exprimant ce que devrait être, au plan politique, le comportement habituel du législateur. En tant que tel, il n'est pas juridiquement opposable au Parlement, et il ne semble pas que l'on puisse fonder une contestation de la validité d'une loi sur le seul motif qu'elle porterait atteinte à un droit acquis.

texte « La position temporelle des faits juridiques et l'application de la loi dans le temps », *supra*, note 50.

53. Les paragraphes 11(g) et 11(i) de la *Charte canadienne des droits et libertés* consacrent la règle de la non-rétroactivité des lois qui créent des infractions ou qui aggravent des peines. On trouve des dispositions équivalentes aux articles 37 et 37.2 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

Ce caractère de règle générale à laquelle le législateur est libre de déroger a fait l'objet de nombreuses confirmations jurisprudentielles⁵⁴. Dans la mesure, d'ailleurs, où le principe est affirmé dans les lois d'interprétation, il ne s'applique qu'en l'absence d'indication contraire, ce qui signifie que le législateur est libre d'y déroger⁵⁵.

On doit aussi noter que les lois d'interprétation réservent expressément au législateur le pouvoir de révoquer « tout pouvoir, privilège ou avantage » conféré par la loi à qui que ce soit⁵⁶. Dans l'arrêt *Re Apple Meadows Ltd*⁵⁷, un promoteur immobilier contestait l'applicabilité d'une modification à la législation concernant le contrôle des loyers. Ce promoteur avait entrepris la construction d'un immeuble résidentiel à une époque où la loi octroyait, pour les édifices neufs, une exemption du contrôle des loyers à l'égard de chaque unité d'habitation pour une durée de cinq ans à compter de la prise de possession de chaque unité d'habitation. La modification changeait le mode de computation de la période d'exemption, de telle sorte que certaines unités d'habitation se trouvaient à perdre leur statut de logement exempté du contrôle des loyers à une date antérieure à celle que le promoteur avait anticipée. Cela entraînait un manque à gagner imprévu au moment de la construction. L'avocat du promoteur fit valoir qu'en offrant aux entreprises une exemption du contrôle des loyers selon certaines modalités, le législateur avait plus ou moins assumé à leur endroit une obligation de nature contractuelle à laquelle il ne pouvait se dérober. Il invoqua même la doctrine de l'*estoppel* pour dénier au Parlement le droit de modifier sa législation. La Cour d'appel du Manitoba rejeta ces prétentions : la modification s'appliquait expressément à tous les logements au Manitoba (« this Act applies to all residential premises in Manitoba ») et la législature du Manitoba avait, selon le juge en chef Monnin (p. 63), « le droit de changer d'idée ».

Bien que les chartes et déclarations des droits ne contiennent aucune disposition traitant directement de l'application restreinte ou générale de la

54. Par exemple : *The board of Trustees of Acme Village School District v. Steele-Smith*, [1933] R.C.S. 47, p. 50-51 (J. Lamont); *Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Venne*, C.S.C. le 20 avril 1989.

55. Les dispositions des lois d'interprétation sont écartées lorsque le législateur a manifesté, expressément ou implicitement, une intention contraire : *Loi d'interprétation fédérale*, a. 3(1); *Loi d'interprétation* du Québec, a. 1.

56. *Loi d'interprétation fédérale*, a. 34 [a. 42 des L.R.C. 1985, c. 1-21]; *Loi d'interprétation* du Québec, a. 11. Ces curieuses dispositions tirent leur origine de la loi d'interprétation de la Province du Canada (1849, 12 Vict. c. 10, a. 5(26)). Curieuses dispositions, en effet, qui évoquent le fameux débat sur le pouvoir du parlement de lier ses successeurs.

57. (1985) 18 D.L.R. (4th) 58 (Man. C.A.).

loi nouvelle, cela ne signifie cependant pas qu'on ne puisse trouver dans ces textes quelque motif de contestation d'une loi qui violerait des droits acquis. Par exemple, la *Déclaration canadienne des droits* (a. 1a) proclame le droit de l'individu à la jouissance de ses biens et celui de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi. Pourrait-on fonder sur ce texte la contestation d'une loi qui, en raison de son application générale, gênerait à ce point l'exercice du droit de propriété qu'on pourrait l'assimiler à une expropriation⁵⁸?

Si l'on peut concevoir que l'application générale puisse être contestée au nom, par exemple, du droit à la libre jouissance des biens, l'application restreinte se révèle, elle, suspecte au regard du droit à l'égalité devant la loi. En effet, l'application restreinte de la loi signifie que deux personnes feront l'objet d'un traitement différencié justifié par la volonté de respecter les attentes, les prévisions ou les droits acquis de l'une d'elles. Dans l'arrêt *R. c. Beuregard*⁵⁹, la Cour suprême a été amenée à se pencher sur la validité, au regard du principe d'égalité devant la loi, d'une disposition modifiant la *Loi sur les juges*.^{59.1} Par l'effet de cette modification, les juges des cours supérieures, auparavant dispensés de contribuer à leur propre régime de pension, devaient dorénavant payer une partie du coût de ce régime. Pour tenir compte des « attentes fondées » ou « légitimes » des juges en fonction le jour du dépôt en Chambre du projet de modification, soit le 17 février 1975, la loi modificatrice les assujettissait à une règle de contribution moins onéreuse que celle qui allait s'appliquer aux juges nommés après cette date. La validité de cette distinction entre anciens et nouveaux juges fut contestée au nom du principe d'égalité devant la loi affirmé à l'article 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. À la majorité⁶⁰, la Cour suprême conclut cependant à la validité de la distinction.

Nul ne prétendait, dans cette affaire, que le législateur n'avait pas le pouvoir de prévoir un régime différent pour les situations en cours, en

58. Notons que la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec consacre également (a. 6) le droit de toute personne « à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi », ce qui implique qu'on ne peut contester, au nom de ce texte, les limites ainsi prescrites par le législateur : *Veilleux c. La Commission de protection du territoire agricole du Québec*, C.S.C., le 20 avril 1989. La *Charte canadienne des droits et libertés*, ne contient aucune disposition de protection de la propriété. Pourrait-on invoquer, en rapport avec une atteinte aux droits acquis, le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne » inscrit à l'article 7 de la *Charte canadienne*? Dans l'état actuel de la jurisprudence, cela paraît fort douteux.

59. [1986] 2 R.C.S. 56.

59.1. S.R.C. 1970, chap. J-1.

60. Forment la majorité les juges Dickson, Estey et Lamer. Les juges Beetz et McIntyre sont dissidents sur la question précise qui nous intéresse ici.

respectant les attentes des « anciens juges », et pour les situations nouvelles qui se créeraient dans l'avenir pour les « nouveaux juges ». En somme, le principe même d'une application restreinte ou différenciée n'était pas en cause. Ce qui était contesté, c'était la date retenue pour définir les « anciens juges », soit le jour de la présentation en Chambre du projet de loi. Le juge Beetz conclut, pour sa part, que le choix de cette date ne pouvait se justifier rationnellement et apparaissait entièrement arbitraire et fantaisiste (p. 118). Le juge Dickson, au contraire, estima que le choix de la date n'était pas « illégal ». Il fallait qu'une ligne soit tracée par le Parlement : les tribunaux, d'après le juge en chef, devaient, en cette matière, faire preuve de retenue et ne pas se montrer « trop critiques » en examinant le choix de la date-charnière fait par le Parlement (p. 91)⁶¹.

Il conviendrait de ne pas tirer de cet arrêt des enseignements de portée générale quant à la possibilité de contester, au nom de l'égalité devant la loi, non pas le principe mais les aménagements concrets d'une distinction entre les situations en cours et les situations nouvelles. Il faut tenir compte du fait que la Cour suprême devait se prononcer dans un contexte bien particulier et que les opinions furent on ne peut plus partagées quant à la légitimité du critère de distinction retenu en l'espèce par le législateur. Notons également que la contestation était fondée sur une loi dont l'interprétation fut notoirement restrictive, et non pas sur un texte constitutionnel : un recours sur le fondement de l'article de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* aurait vraisemblablement davantage des chances d'être accueilli avec moins d'hésitation.

2.1.2. Le Juge

Le principe du maintien des droits acquis se présente comme un principe d'application des textes législatifs. On le fonde sur l'intention présumée du législateur : en l'absence d'indication contraire, le juge doit présumer que l'auteur du texte a entendu ne pas porter atteinte aux droits acquis. Le principe a donc valeur de simple directive pour guider la recherche de l'intention du « bon législateur », du « législateur normal » : il ne vaut pas

61. L'argumentation du juge Beetz nous apparaît particulièrement convaincante. Elle met fort justement l'accent sur l'idée que l'application restreinte ou différenciée de la loi a pour fondement le respect des prévisions des sujets de droit. Or, et c'est la question fondamentale posée par le juge Beetz, est-il raisonnable de présumer d'un sujet de droit la connaissance du dépôt d'un projet de loi ? Le dépôt d'un projet de loi est-il suffisant pour mettre en cause la confiance dans la stabilité du droit ? La réponse à cette question doit sans doute varier selon la matière : en droit fiscal, par exemple, une telle présomption apparaît plus conforme à la réalité qu'en d'autres matières.

comme règle absolue et doit céder le pas devant la manifestation contraire de l'intention du législateur⁶².

L'intention de porter atteinte aux droits acquis n'a pas à être formellement exprimée : il suffit que cette intention apparaisse clairement⁶³. De plus, la présomption de maintien des droits acquis serait plus facile à écarter que la présomption de la non-rétroactivité de la loi. Cette dernière aurait le caractère d'une présomption forte, applicable *prima facie* alors que la présomption de maintien des droits acquis ne pourrait être prise en compte que si l'on a, au préalable, démontré que la loi est obscure et susceptible de plus d'une interprétation.

C'est Elmer A. Driedger qui a suggéré cette distinction :

The retrospective presumption is a *prima facie* presumption and applies unless it is rebutted. The vested rights presumption is not a *prima facie* one; it is but one factor that may be employed to ascertain intent in cases of doubt.⁶⁴

L'idée qu'il y a une différence de statut entre la présomption de maintien des droits acquis et la présomption de la non-rétroactivité de la loi nous paraît devoir être admise, en tout cas dans l'hypothèse où un droit acquis est invoqué pour s'opposer à l'application générale de la loi nouvelle plutôt qu'à son application rétroactive⁶⁵. La façon dont Driedger formule la distinction ne semble pas très heureuse, cependant. Dès que l'on a affaire à une règle d'interprétation, celle-ci ne peut être invoquée que s'il y a matière à interprétation. Ceci vaut autant à l'égard de la règle de la non-rétroactivité qu'à

62. On verra une affirmation du simple effet de présomption du principe dans *Board of Trustees of Acme Village School District v. Steele-Smith*, [1933] R.C.S. 47, p. 51 (J. Lamont). Dans cette affaire, le juge Lamont donne comme fondement du principe du maintien des droits acquis l'idée que la loi émane d'un législateur juste, d'un « bon législateur ». Dans l'arrêt *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629, p. 638, le juge Duff avance plutôt l'idée que le principe aurait pour fondement l'observation des pratiques du Parlement : le maintien des droits acquis serait le fait du « législateur normal ».

63. *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Le ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, p. 282 (J. Dickson).

64. *Construction of Statutes*, *supra*, note 24, p. 189. Cette distinction a trouvé des échos dans la jurisprudence : *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Le ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, p. 282 (J. Dickson); *Board of Commissioners of Public Utilities v. Nova Scotia Power Corporation*, (1977) 75 D.L.R. 72, p. 81-82 (N.S.C.A.); (J. MacKeigan); *Re Apple Meadows Ltd.*, (1985) 18 D.L.R. (4th) 58, p. 68 (Man. C.A.; J. Philp); *Dalton v. Canadian Human Rights Commission*, (1985) 15 D.L.R. (4th) 548, p. 558 (C.F.; J. Reed). Elle a cependant été contestée par Louis Côté : *supra*, note 40, p. 122.

65. Dans l'état actuel du droit canadien, l'application rétroactive de la loi peut être combattue au nom du respect des droits acquis. Dans cette hypothèse, présomption de non-rétroactivité et présomption de respect des droits acquis ne peuvent qu'avoir le même poids.

l'égard de la règle de maintien des droits acquis : elles doivent céder devant une manifestation claire de l'intention contraire du législateur.

La différence réside plutôt dans le poids respectif des deux présomptions⁶⁶. L'application d'une loi à l'égard d'un fait accompli dans le passé est fort improbable parce que contraire aux pratiques du législateur, d'où la conséquence que celui qui veut démontrer la rétroactivité d'une loi doit assumer un fardeau de preuve relativement lourd. Par contre, l'application générale de la loi nouvelle, son application pour l'avenir, même à l'égard de situations formées antérieurement, paraît moins improbable, moins anormale, sinon tout-à-fait normale et se trouve dès lors plus facile à justifier. N'a-t-on pas souvent souligné qu'il « est évident que la plupart des lois modifient des droits existants ou y portent atteinte d'une façon où d'une autre »⁶⁷ ? L'application générale n'est pas une anomalie. L'application rétroactive en est une, sans aucun doute. Voilà qui explique la différence d'autorité des deux présomptions.

On notera que la distinction faite depuis quelques années entre le principe de la non-rétroactivité de la loi et le principe du maintien des droits acquis aura eu des conséquences au plan pratique : elle n'est pas tout-à-fait dénuée d'arrière-pensées⁶⁸. Lorsque le plaideur colle, sur une application donnée de la loi, l'étiquette « rétroactif », il donne à cette application une qualification dévalorisante qui dispose à la rejeter. Le terme « rétroactif », pour un juriste, est un gros mot, très chargé au plan émotif, plus ou moins équivalent de « radioactif ». Au contraire, si le plaideur ou le juge présente le problème comme n'impliquant pas de rétroactivité mais simplement l'application à tous de la loi nouvelle, ou bien son application à l'égard d'un droit « existant », il dédramatise, il banalise l'application générale de la loi et il prédispose son auditoire à accepter cette conclusion. On ne saurait donc, en cette matière, négliger l'immense pouvoir des mots.

2.1.3. L'Administration

Simple règle politique de bon gouvernement pour le Parlement, simple directive d'interprétation pour le juge, le principe du maintien des droits

66. Les règles d'interprétation expriment des probabilités : elles ont donc un poids, une force de conviction qui est fonction du degré de probabilité des conclusions auxquelles elles conduisent. On verra, à ce sujet, notre texte : « Les règles d'interprétation des lois : des guides et des arguments », (1978) 13 *R.J.T.* 275.

67. Le juge Dickson, dans l'arrêt *Gustavson Drilling*, *supra*, note 65, p. 282.

68. Ce n'est pas par hasard que, dans presque toutes les décisions où la distinction a été faite, le juge a conclu à l'application générale de la loi. On verra les affaires citées aux notes 26, 27 et 33.

acquis exprime, à l'égard du pouvoir réglementaire de l'Administration, une restriction formelle. Une autorité investie d'un pouvoir réglementaire n'est autorisée à porter atteinte aux droits acquis que si pareille autorisation peut se déduire du texte habilitant ⁶⁹.

La sévérité de cette règle se trouve heureusement tempérée par une autre règle voulant que, si cette habilitation doit être claire, elle n'a pas à être expresse et peut être déduite des circonstances. Ainsi, on a jugé que l'autorisation de donner une application générale à un texte réglementaire pouvait se déduire de l'objectif d'uniformisation poursuivi par la loi habilitante ⁷⁰.

Notons enfin que, comme principe d'interprétation et d'application, le principe du maintien des droits acquis s'applique aussi bien aux règlements qu'aux lois proprement dites : dans le doute, un règlement, tout comme une loi, s'interprète et s'applique de manière à ne pas porter atteinte aux droits acquis. Ce principe vaut à l'égard du règlement d'autant plus que le respect des droits acquis est une condition de sa validité : il est reconnu que l'interprétation qui permet d'affirmer la validité d'un texte est préférable à celle qui conduirait à le juger invalide.

2.2. Les expressions du principe du maintien des droits acquis

Ce sont d'abord les tribunaux qui ont énoncé, sous forme de règle d'interprétation, l'idée que la loi nouvelle devait s'entendre comme respectant les droits acquis. L'idée a été reprise par le législateur, qui lui a donné une expression différente, à certains égards, de celle que l'on retrouve dans la jurisprudence.

2.2.1. L'expression jurisprudentielle

L'expression jurisprudentielle du principe du maintien des droits acquis, si elle manque d'uniformité au plan formel ⁷¹, apparaît bien stable quant au fond.

69. *Jones et Maheux c. Gamache*, [1969] R.C.S. 119; *Parklane Private Hospital c. City of Vancouver*, [1975] 2 R.C.S. 47 (on notera que cette affaire est traitée par la Cour comme une affaire d'atteinte à des droits acquis alors qu'il y a lieu de croire qu'il s'agissait d'un problème d'application rétroactive); *Manitoba Government Employees Union c. Le Gouvernement du Manitoba*, [1978] 1 R.C.S. 1123.

70. *Hôpital Bellechasse c. Pilote*, [1975] 2 R.C.S. 454.

71. La terminologie utilisée, dans la jurisprudence canadienne, pour distinguer les situations d'application restreinte des cas d'application générale de la loi apparaît relativement stable en langue française : les termes « droits acquis » et « expectatives » ou « facultés » sont habituellement mis en opposition. En langue anglaise, toutefois, on note une grande variété

En voici un exemple tiré de l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Jones et Maheux c. Gamache*⁷². La Cour était saisie de la question de savoir si une nouvelle réglementation en matière de classification des pilotes était valide compte tenu qu'elle prétendait s'appliquer de manière à porter préjudice aux droits jusque-là reconnus par la loi à l'intimé Gamache du fait de la détention d'un brevet de pilote. Prononçant l'invalidité de la réglementation contestée, le juge Pigeon s'exprime ainsi :

On voit qu'indubitablement un brevet de pilote donne naissance à des droits protégés par la loi et qui, au regard d'une législation nouvelle, devraient être considérés comme des droits acquis de telle sorte que le Parlement lui-même ne serait pas présumé y porter atteinte à moins que l'intention de le faire soit clairement exprimée. Suivant un principe d'interprétation bien connu, toute nouvelle législation doit être interprétée si possible de façon à respecter ces droits acquis. Le même principe doit être appliqué dans l'interprétation des dispositions qui permettent de faire des règlements. De même que l'on ne doit pas présumer qu'une loi nouvelle est destinée à porter atteinte à ces droits, on ne doit pas présumer que le Parlement a entendu autoriser l'autorité de pilotage à le faire.^{72.1}

Cet énoncé du principe du maintien des droits acquis est tout à fait représentatif de la conception jurisprudentielle : règle d'interprétation applicable aux lois et aux règlements, elle est envisagée par rapport au *texte nouveau* dont on présume qu'il respecte un *droit* qui a été *acquis* avant son entrée en vigueur. Dans les lois d'interprétation, le principe du maintien des droits acquis apparaît également comme une règle d'interprétation mais la portée de cette règle se trouve modifiée par l'expression qui en est donnée.

2.2.2. L'expression législative

Dans les lois d'interprétation fédérale et québécoise, le principe du maintien des droits acquis se trouve exprimé, non pas, comme dans la jurisprudence, en relation avec l'effet de l'adoption d'un texte nouveau, mais en relation avec l'effet de l'abrogation d'un texte ancien⁷³. On se souviendra que l'adoption de règles concernant le maintien des droits acquis dans les lois d'interprétation s'explique par la volonté d'écarter l'application de la règle

d'appellations. Les droits acquis sont désignés par les termes *vested rights*, *acquired rights*, *accrued rights*, *existing rights*, *specific rights* ou *crystallized rights*. Les simples expectatives sont désignées par les termes *mere hopes or expectations*, *hope or possibility*, *expectancy*, *insecure right*, *abstract right* ou *abstract or potential right*.

72. [1969] R.C.S. 119.

72.1. *Id.*, p. 126.

73. On trouvera les textes pertinents aux notes 11 et 12.

de common law selon laquelle une disposition législative abrogée doit être considérée comme n'ayant jamais été édictée, sauf en ce qui concerne les affaires entièrement terminées.

Les lois d'interprétation visent à assurer que l'abrogation d'un texte ne s'opposera pas à l'exercice des droits constitués auparavant en vertu du texte abrogé. Interprétées littéralement, ces dispositions de sauvegarde (*saving clauses*) ne sont pas applicables lorsque l'atteinte aux droits acquis ne résulte pas de l'abrogation de la loi ancienne⁷⁴ ou lorsque les droits en cause n'ont pas pour fondement la loi abrogée⁷⁵. On doit remarquer, toutefois, que l'on n'a pas hésité, dans certains cas, à interpréter de manière extensive ces dispositions pour qu'elles s'appliquent dans l'hypothèse où l'atteinte aux droits acquis résultait de la modification plutôt que de l'abrogation de la loi ancienne⁷⁶.

Parce qu'il risque de se trouver applicable uniquement dans l'hypothèse où l'abrogation d'un texte risquerait de porter atteinte à un droit qui a son fondement dans le texte abrogé, le principe du maintien des droits acquis est, dans son expression législative, d'une portée plus restreinte que dans son expression jurisprudentielle. Par contre, la *Loi d'interprétation* fédérale, tout comme les lois d'interprétation des provinces autres que le Québec, consacre le maintien, non pas seulement des droits acquis, mais également de tout « right, privilege, obligation or liability acquired, accrued, accruing or incurred »⁷⁷.

Il est difficile de percevoir quel peut être l'intérêt pratique de cette formulation plus élaborée du principe du maintien des droits acquis. Est-il nécessaire de maintenir les « privilèges » compte tenu du sens très étendu du mot « droit »⁷⁸ ? Est-il opportun de préserver les « obligations ou responsabilités »

74. *R. c. Beaton*, [1982] 1 C.F. 545, p. 548 (C.A.F. ; j. Pratte). Notons que la *Loi d'interprétation* fédérale (version S.R.C. 1970) dispose (a. 2(2)) : « Aux fins de la présente loi, un texte législatif qui est expiré ou périmé, ou qui a autrement cessé d'avoir effet, est réputé avoir été abrogé. » La *Loi d'interprétation* du Québec entend le terme « abrogation » dans son sens courant et donc plus étroit.

75. *Ishida v. Iterman*, [1975] 2 W.W.R. 142, p. 144-145 (B.C.S.C. ; j. Fulton).

76. *Mercier v. McCammon*, [1953] 4 D.L.R. 498, p. 502 (Ont. H.C. ; j. Ferguson) ; *Moakes v. Blackwell Colliery Co.*, [1925] 2 K.B. 64, p. 70 (j. Scrutton).

77. On comparera avec la disposition correspondante de la *Interpretation Act* (1978) du Royaume-Uni (1978, c. 30, a. 16(1)(c)) : « ...any right, privilege, obligation or liability acquired, accrued, or incurred... ». La seule différence se trouve dans la présence du terme « accruing » dans le texte canadien.

78. La mention du terme « privilege » à l'article 35c) a été soulignée dans *Ford c. La Commission nationale des libérations conditionnelles* [1977] 1 C.F. 359, p. 364 (j. Walsh), mais le Tribunal n'en a pas tiré un argument formel. Il est à noter que la nouvelle

lorsque le maintien des droits suffit, logiquement, à assurer le maintien des obligations ou responsabilités corrélatives⁷⁹ ? Le droit « acquis » se distingue-t-il du droit « né », le privilège « acquis » du privilège « né » ? À vrai dire, le seul terme vraiment susceptible d'avoir quelque importance en pratique, c'est le terme « naissant » ou « *accruing* », qui distingue la version canadienne de la loi d'interprétation de la version anglaise.

Même si certains juges, favorables dans un cas particulier à une application restreinte, ont pu trouver dans la présence du terme *accruing right* un argument supplémentaire pour étayer leurs conclusions⁸⁰, les tribunaux ont en général hésité à ouvrir toute grande cette boîte de Pandore⁸¹. Le terme « droit acquis » se révèle en effet suffisamment souple pour permettre le maintien de situations qui, tout en n'étant pas entièrement formées, sont suffisamment avancées dans la voie de leur formation pour justifier une protection. Le terme « droit naissant » ou « privilège naissant » apparaît inutile et même dangereux, dans la mesure où il définit plus largement que nécessaire les cas de survie.

2.3. La survie des règles anciennes, corollaire de l'application restreinte

Le droit a horreur du vide : si la loi nouvelle ne s'applique pas à l'égard d'une situation concrète, celle-ci ne peut pour autant échapper à la compétence de toute règle. En principe, l'application restreinte de la loi nouvelle au nom du maintien des droits acquis appelle donc le maintien, à l'égard de la situation concrète soustraite à l'effet de la loi nouvelle, des règles applicables

formulation de cette disposition dans les L.R.C. 1985 parle de « droits ou avantages acquis ».

79. On peut se demander qui aurait intérêt à réclamer le maintien de ses obligations ou responsabilités dans un cas où une autre personne n'aurait pas en même temps intérêt à réclamer le maintien ou la reconnaissance d'un droit corrélatif. On verra un rare exemple d'argument fondé sur une « responsabilité acquise » opposée à l'application d'une loi nouvelle prévoyant une responsabilité plus lourde dans *Ogden Industries Pty Ltd. v. Lucas*, [1970] A.C. 113 (P.C.).
80. *Abell v. Commissioner of Royal Canadian Mounted Police*, (1979) 49 C.C.C. (2d) 193, p. 203 (Sask. C.A.; j. Bayda); *Re Falconbridge Nickel Mines v. Ontario Minister of Revenue*, (1981) 121 D.L.R. (3d) 403, p. 413 (Ont. C.A.; j. Thorson); *In re Kleifges*, [1978] 1 C.F. 734, p. 739 (j. Walsh).
81. On trouvera un vaillant effort pour limiter la portée des mots *accruing rights* dans *Re Chafe and Power*, (1981) 117 D.L.R. (3d) 117 (Nfld. S.C.). Notons que le rédacteur de la version française de la refonte des lois fédérales de 1985 (on en trouvera le texte à la note 11) a supprimé la référence à des droits ou privilèges « naissants » : il n'y est plus question que de « droits ou avantages acquis ». On peut applaudir à cette initiative qui fait disparaître des termes dont l'intérêt pratique était fort limité.

au moment où cette situation s'est constituée : on parle alors de la survie des règles anciennes. Ce phénomène, qu'il faut tenter de définir (2.3.1.), est cependant relatif : la mise en œuvre des droits acquis se trouve en effet assujettie au principe de l'application immédiate des lois d'effet purement procédural (2.3.2.)

2.3.1. La notion de survie des règles anciennes

Il y a survie des règles de droit anciennes lorsque, malgré leur révocation ou leur abrogation, des règles continuent d'être applicables en rapport avec certaines situations subjectives qui s'étaient antérieurement constituées. Ces règles, qu'elles soient d'origine légale ou jurisprudentielle, seront dès lors réputées, à l'égard de ces situations concrètes, n'avoir pas été supprimées ou abrogées. La survie s'analyse en somme comme une fiction de non-révocation ou de non-abrogation de règles de droit, fiction n'ayant cependant de valeur qu'à l'égard de certaines situations subjectives.

Malgré que le terme de survie ne soit pas usité en droit statutaire canadien, on trouve des échos de la notion de survie, et de la fiction de non-abrogation qu'elle établit, aussi bien dans la législation que dans la jurisprudence.

Ainsi, la *Loi d'interprétation fédérale* dispose, à l'article 35, que lorsqu'un texte législatif est abrogé, l'abrogation n'a d'effet, ni à l'égard des droits acquis (35c), ni à l'égard d'enquêtes, de procédures judiciaires ou de recours relatifs à ces droits acquis (35 e) et, ajoute la loi, ces enquêtes, procédures et recours peuvent être commencés, continués ou mis à exécution « comme si le texte législatif n'avait pas été ainsi abrogé ». En prescrivant d'agir « comme si le texte n'avait pas été abrogé », la loi procède par fiction : le texte ancien est effectivement abrogé mais on doit agir, en rapport avec les procédures relatives aux droits acquis, tout comme s'il ne l'était pas.

L'idée de survie a été souvent évoquée de façon plus ou moins explicite dans la jurisprudence⁸². Ainsi, dans l'arrêt *Abell v. Commissioner of Royal Canadian Mounted Police*, la Cour d'appel de la Saskatchewan devait trancher une question soulevée par l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1978, de certaines modifications aux dispositions du *Code criminel* relatives à la

82. On verra : *R. v. Coles*, (1970) 9 D.L.R. (3d) 65, p. 68-69 (Ont. C.A. ; j. Laskin) ; *De Garcia c. Le Ministre de l'emploi et de l'immigration*, [1979] 2 C.F. 772, p. 775-776 (C.A.F. ; j. Pratte). L'arrêt de la Cour suprême *Commission de l'emploi et de l'immigration c. Dallialian*, [1980] 2 R.C.S. 582, ne s'explique que par le phénomène de survie : la Cour a jugé que restait applicable à l'égard de l'intimé, le 1^{er} février 1976, une disposition de la *Loi sur l'assurance-chômage* abrogée un mois plus tôt, soit le 1^{er} janvier 1976.

possession d'armes à feu. L'article 98 du Code se trouvait ainsi abrogé ; cet article traitait de l'enregistrement des armes à feu et prescrivait la procédure à suivre pour obtenir cet enregistrement. En décembre 1978, soit avant le moment de l'abrogation de l'article 98, madame Abell avait déposé une demande d'enregistrement d'une arme qui, par l'effet de la modification, passait de la catégorie des armes « à autorisation restreinte » à celle des armes « prohibées ». L'instruction de cette demande eut lieu après le 1^{er} janvier et le Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada, chargé de délivrer le certificat d'enregistrement, rejeta la demande au motif que, depuis le 1^{er} janvier 1978, la loi ne l'autorisait plus à délivrer de certificat pour l'arme en question. Il s'agissait en somme de savoir si la production, le 20 décembre 1978, d'une demande d'enregistrement d'une arme alors d'autorisation restreinte avait eu pour effet de faire naître, en faveur de madame Abell, un droit acquis à cet enregistrement malgré la modification intervenue le 1^{er} janvier et qui faisait passer l'arme en question dans la catégorie des armes prohibées. La loi nouvelle devait-elle recevoir une application générale ou devait-on laisser s'appliquer, malgré son abrogation, la loi applicable le jour de la demande d'enregistrement ?

Après avoir cité les dispositions pertinentes de l'article 35 de la *Loi d'interprétation fédérale*, le juge Bayda écrit (p. 202) :

The central question becomes this : did the respondent, prior to January 1, 1978, the date of the repeal of the former s. 98 of the *Code*, have a "right... acquired", a "right... accrued" or a "right... accruing", entitling her to a firearm registration certificate under former s. 98? If the answer is affirmative, then the effect of those portions of s. 35 of the *Interpretation Act* quoted above, is to *keep alive* the repealed former s. 98 of the *Code* for the purpose of enabling the respondent (or any person in a like position), to enforce that right. For this limited purpose the former s. 98 of the *Code continues to live* for as long as necessary notwithstanding its repeal, and its substitution by new s. 106.1 of the *Code*.⁸³

La Cour décida que madame Abell avait un droit acquis à l'enregistrement de son arme : la loi ancienne devait survivre de manière à maintenir, à son égard, la compétence du Commissaire de lui délivrer le certificat réclamé⁸⁴.

83. *Abell v. Commissioner of Royal Canadian Mounted Police*, *supra*, note 80, (nous avons souligné).

84. La Cour d'appel de Nouvelle-Écosse a rendu un arrêt dans le même sens dans *Haines v. Attorney General of Canada*, (1979) 32 N.S.R. 271. Par contre, la Cour fédérale a, dans des circonstances analogues, jugé que la production d'une demande de permis ou de certificat d'enregistrement ne créait pas un droit acquis : *Lemyre c. Trudel*, [1978] 2 C.F. 453 ; *Martinoff c. Gossen*, [1979] 1 C.F. 327. La notion de droit acquis est imprécise au point de permettre, dans des circonstances juridiques analogues, de justifier des conclusions diamétralement opposées. C'est alors dans les circonstances de fait ou dans le « tempérament » du juge qu'il faut rechercher l'explication. On y reviendra.

Si le maintien des droits acquis ne peut se concevoir sans la survie du droit antérieur, la mise en œuvre du principe de survie se heurte, en pratique, à des difficultés de tous ordres. Que se passe-t-il, par exemple, dans l'hypothèse où l'exercice des droits acquis supposerait l'intervention d'une institution que la loi a depuis supprimée? C'est une chose que d'affirmer, comme dans l'arrêt *Abell*, qu'un fonctionnaire conserve une compétence malgré l'abrogation du texte qui lui confère cette compétence, et c'en est une autre que de ressusciter une institution et en réunir les membres pour assurer l'exercice, par certaines personnes, de leurs droits acquis⁸⁵.

Plus délicate encore est la question de l'ampleur de la survie. Dans quelle mesure la situation concrète en cours reste-t-elle régie par le droit ancien et immunisée à l'égard des lois nouvelles? Quels sont les éléments de la situation juridique qu'on peut dire intangibles et quels sont ceux qui restent au contraire exposés au changement? Cette question s'est soulevée, en Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Côté c. La Commission de l'emploi et de l'immigration*⁸⁶. La Commission avait, le 2 décembre 1985, établi une période de prestation en faveur du requérant Côté. Le 5 janvier 1986 entrait en vigueur une disposition réglementaire ayant pour effet de réduire le montant des prestations payables à une personne qui, le 5 janvier 1986 ou après cette date, reçoit une somme à titre de pension de retraite. Il s'agissait de décider si, du fait que la période de prestation du requérant avait été établie avant l'entrée en vigueur du règlement, on portait atteinte à un droit acquis en appliquant à cette personne, à compter du 5 janvier 1986, la nouvelle règle de calcul des prestations.

À l'unanimité, la Cour décida que la modification ne portait pas atteinte à un droit acquis. Les juges Pratte et Marceau ont rédigé des motifs concordants. « En réalité, » écrit le juge Pratte à la page 6 du jugement,

[...] ce que le requérant affirme, c'est que l'établissement de sa période de prestation a fait naître en sa faveur le droit acquis de se prévaloir de la *Loi* et du *Règlement sur l'assurance-chômage* qui existaient à ce moment-là sans égard aux modifications qui pourraient y être apportées par la suite. Cette prétention n'est pas fondée. « Le simple droit de se prévaloir d'un texte législatif... ne peut être considéré comme un droit acquis.

85. Il est de jurisprudence constante que les dispositions relatives à la compétence des tribunaux ne sont pas des mesures d'effet purement procédural et n'ont donc pas d'application générale. Le juge, dans l'hypothèse où la mise en œuvre du droit acquis exige l'intervention d'une institution supprimée par une loi nouvelle, ne pourrait, sans difficulté, justifier la compétence d'un organisme tirant son autorité de cette loi. Il faut donc beaucoup de vigilance de la part des légistes pour prévoir des situations de ce genre et y remédier par des dispositions transitoires.

86. Arrêt non rapporté du 4 juillet 1986, n° A-178-86, résumé à [1986] 3 C.F. F-17.

Ces motifs font peu de cas de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Dallialian*⁸⁷ d'où il ressort que l'établissement d'une période de prestation assure au prestataire l'intangibilité de certains éléments de sa situation juridique. Quels sont donc les éléments rendus intangibles par l'établissement de la période de prestation ? Le juge Marceau distingue, parmi les règles qui organisent la situation juridique de prestataire de l'assurance-chômage, certaines qui sont rendues intangibles par l'établissement de la période de prestation et d'autres qui se définissent périodiquement, au moment de chaque réclamation hebdomadaire. Parmi les éléments fixes, il range les règles relatives à la durée de la période de prestation (c'est ce qui était en cause dans l'arrêt *Dallialian*) et, de façon dubitative, celles qui établissent le taux des prestations. Il juge ces éléments intangibles parce qu'ils dépendent strictement de faits passés. Le juge considère au contraire comme mobiles les autres éléments de la situation juridique du prestataire, qui se définissent donc au moment de chaque réclamation hebdomadaire. Il conclut, comme son collègue, que le requérant n'avait pas de droit acquis à opposer à la modification contestée.

La survie du régime juridique antérieur fait en sorte que, tout en étant soustraits au domaine de la loi nouvelle, les droits acquis se trouvent quand même assujettis à certaines règles de droit. Cette garantie de stabilité juridique ne va cependant pas jusqu'à soustraire l'exercice d'un droit acquis à une règle nouvelle dont l'effet aurait un caractère purement procédural.

2.3.2. L'application générale des lois d'effet purement procédural

La règle du maintien des droits acquis n'a pas d'application à l'égard d'une modification législative de caractère simplement procédural. Une loi de procédure ne peut en principe fonder des droits acquis et une loi nouvelle à caractère procédural s'applique en principe de manière générale pour régir l'exercice futur des droits antérieurement acquis.

L'idée qu'« il n'existe pas de droit acquis en procédure »⁸⁸ a été souvent exprimée et appliquée en jurisprudence⁸⁹. Les lois d'interprétation l'ont consacrée pour le cas particulier du remplacement d'une disposition législative par une autre : les droits acquis sous l'ancienne disposition doivent, dans la mesure du possible, s'exercer en conformité des dispositions procédurales de la disposition nouvelle⁹⁰.

87. *Supra*, note 82.

88. *Wildman c. la Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, p. 331 (J. Lamer).

89. Voir : Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1982, p. 145s.

90. *Loi d'interprétation* du Canada, a. 36c) et d) ; *Loi d'interprétation* du Québec, a. 13.

On comprend bien le motif de cette règle. La protection des droits acquis peut très bien se concilier avec l'application générale d'une loi qui, sans porter atteinte au contenu du droit protégé, en prescrirait simplement les modalités de mise en œuvre future. Dans ce cas, l'application générale ne cause pas préjudice de manière significative aux situations en cours tandis qu'au contraire, la survie des lois de procédure pourrait être de nature à compliquer singulièrement la bonne administration de la justice.

Idée en apparence simple et pleine de bon sens, le principe de l'application immédiate des lois d'effet purement procédural se révèle toutefois singulièrement difficile d'application en pratique. Cela tient à l'extrême difficulté de définir ce qu'il faut entendre par « loi de procédure » en droit transitoire. Premièrement, toutes les lois qui traitent de procédure ne sont pas automatiquement rangées parmi les lois de procédure. Il est bien connu, par exemple, qu'une loi qui crée ou supprime un droit d'appel n'est pas considérée comme une loi d'effet purement procédural et qu'on peut invoquer un droit acquis à l'appel⁹¹. Deuxièmement, certaines lois qui, en apparence, traitent de question de fond, peuvent, dans certaines circonstances, se voir qualifiées de lois de procédure. C'est le cas, en droit anglo-canadien, des lois qui instituent, modifient ou suppriment un délai de prescription⁹². Dans le cas de ces dernières lois, et c'est là une troisième source de difficulté, leur caractère procédural doit faire l'objet d'une appréciation *in concreto*, en ce sens que le caractère purement procédural de la disposition ne peut s'apprécier sans prise en considération des conséquences de son application concrète⁹³.

Ce n'est pas ici le lieu de faire l'étude de l'abondant contentieux suscité par l'application du principe d'application générale des lois d'effet purement procédural. Pourtant, seule une étude de jurisprudence permet d'en cerner la portée véritable⁹⁴. Cette dernière remarque vaut aussi pour le principe du maintien des droits acquis : sa portée ne peut se comprendre qu'à la lumière de l'application qui en est faite par les tribunaux.

91. Voir, par exemple : *Ville de Jacques-Cartier c. Lamarre*, [1958] R.C.S. 108.

92. Voir, par exemple : *Sommers v. the Queen*, [1959] R.C.S. 678.

93. Si la loi nouvelle étend un délai, elle peut s'appliquer de manière à prolonger un délai qui courait au moment de son entrée en vigueur : on considérerait qu'il s'agit là d'un effet purement procédural. Au contraire, on n'appliquerait pas une loi qui étend un délai de façon à ressusciter un droit de recours éteint avant l'entrée en vigueur de la loi : on considérerait alors que l'effet n'est pas purement procédural. À vrai dire, il s'agirait d'un effet rétroactif. Sur la nécessité de se référer, dans le cas de lois relatives à des délais, aux conséquences concrètes de l'application de la loi, on verra : *Yew Bon Tew v. Kenderaan Bas Mara*, [1982] 3 All E.R. 833 (P.C.).

94. On verra, au sujet des lois de preuve, l'article de Paule BIRON, *supra*, note 6.

3. Les tribunaux et l'application restreinte de la loi nouvelle au nom du maintien des droits acquis en droit public canadien

Pour rendre compte de la manière la plus utile de l'application faite par les tribunaux canadiens du principe d'application restreinte de la loi nouvelle au nom du maintien des droits acquis, il a paru indiqué de procéder par étapes. Il a semblé important, d'abord, de bien faire ressortir les circonstances dans lesquelles les tribunaux ont été saisis et les solutions qu'ils ont données aux problèmes qui leur étaient soumis. Ensuite, il convenait d'analyser la motivation des décisions en adoptant un point de vue externe, d'abord, c'est-à-dire un point de vue qui tient compte des raisons effectivement invoquées par le juge pour étayer sa décision puis, posant l'hypothèse que tout ce qui a déterminé la décision n'est pas nécessairement exprimé comme motif formel de celle-ci, en cherchant à déceler, dans ce contentieux, certaines régularités susceptibles de révéler les enjeux politiques des décisions en matière de droits acquis.

Après un aperçu général du contentieux des droits acquis en droit public (3.1.), on examinera donc, d'un point de vue formel et matériel, la motivation des décisions (3.2).

3.1. Aperçu général du contentieux des droits acquis en droit public canadien

En raison de l'indétermination relative de la notion de droit acquis et du fait que le principe du maintien des droits acquis a le caractère d'une simple présomption, l'application du principe du maintien des droits acquis a suscité un contentieux assez abondant. L'objectif des pages qui suivent est de donner au lecteur, d'une façon très synthétique, une idée générale des circonstances dans lesquelles les tribunaux sont amenés à se prononcer et des solutions apportées par le juge aux problèmes qui lui sont soumis.

Les décisions retenues ont été regroupées par thèmes afin de faire mieux ressortir les domaines du droit les plus sujets aux difficultés de transition, c'est-à-dire ceux où la durée constitue un élément inhérent de la constitution ou des effets de la situation juridique. La plupart des décisions sont canadiennes ; il est également fait état de quelques arrêts britanniques jugés particulièrement importants ou intéressants.

3.1.1. Libertés publiques — droit à l'égalité

— Dans l'affaire *Bell Canada c. Palmer*⁹⁵, deux employées de Bell

95. [1974] C.F. 186 (C.A.F.).

Canada ont porté plainte pour violation des droits à l'égalité de salaire que leur reconnaît la *Loi sur l'égalité de salaire pour les femmes*^{95.1}. Cette loi prévoit que le Ministre à qui la plainte est présentée peut charger un préposé au juste salaire d'enquêter sur la plainte. Si le préposé est incapable d'effectuer un règlement, il fait rapport au Ministre et ce dernier peut nommer un arbitre ayant pouvoir de rendre une ordonnance exécutoire. La Loi a été abrogée à compter du 1^{er} juillet 1971 et la loi nouvelle ne prévoyait pas la même procédure de règlement des plaintes. Dans le cas d'espèce, les employées avaient porté plainte avant l'abrogation de la Loi mais l'arbitre avait été nommé après. Sa compétence fut contestée par l'employeur au motif qu'il avait été nommé sur le fondement d'un texte abrogé. La Cour d'appel fédérale jugea que les employées avaient un droit acquis à un salaire égal, droit qu'elles avaient cherché à faire respecter en accomplissant la seule formalité prévue par la loi, la présentation de la plainte au Ministre. En conséquence, les paragraphes 35c) et 35e) de la *Loi d'interprétation* s'appliquaient de manière à assurer la survie, malgré leur abrogation, des dispositions concernant le règlement de la plainte : la nomination de l'arbitre fut donc jugée valide.

— Dans *Re Attorney-General for Alberta and Gares*⁹⁶, une loi albertaine prévoyant l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes a reçu une application générale : le fait qu'un traitement inégalitaire ait été prévu dans des conventions collectives conclues avant l'entrée en vigueur de la loi ne pouvait, selon le juge, justifier une application restreinte de la loi nouvelle. Bien qu'un contrat puisse fonder des droits acquis, la présomption de maintien des droits acquis devait être écartée dans les circonstances en raison du caractère particulier et des objets de la loi en cause.

— Dans *Dalton v. Canadian Human Rights Commission*⁹⁷, une convention collective prévoyant, en matière d'ancienneté, une priorité fondée sur l'âge des employés embauchés le même jour. À la suite d'une plainte présentée par une employée à la Commission canadienne des droits de la personne, il y eut une enquête au terme de laquelle un règlement intervint pour faire abolir dorénavant cette discrimination. L'entente fut ratifiée par la Commission. Une autre employée, que l'application de l'entente défavorisait, alléguait que la Commission avait illégalement porté atteinte à son droit acquis à l'ancienneté. La Cour fédérale, tout en jugeant que le droit à l'ancienneté

95.1. S.C. 1956, c. 38.

96. (1976) 67 D.L.R. (3d) 635 (Alta. S.C.).

97. (1984) 15 D.L.R. (4th) 548 (C.F.).

pouvait constituer un droit acquis, conclut cependant que la Commission était investie par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* du pouvoir de porter atteinte aux droits acquis en cause^{97.1}.

3.1.2. Relations de travail

— Dans l'arrêt *Board of Trustees of the Acme Village School District v. Steele-Smith*⁹⁸, une modification à la loi scolaire qui imposait une autorisation administrative pour qu'une commission scolaire puisse mettre fin à l'engagement d'un instituteur pendant l'année scolaire a été jugée applicable à l'égard de tous les instituteurs et non pas seulement ceux qui auraient été engagés après l'entrée en vigueur de la modification. La présomption de maintien des droits acquis fut donc écartée et la modification reçut une application générale.

— La Cour suprême a jugé, dans *Hôpital Bellechasse c. Pilote*⁹⁹, qu'une nouvelle réglementation de caractère disciplinaire concernant les établissements hospitaliers devait s'appliquer de manière générale dès son entrée en vigueur, malgré l'existence, à ce moment, de relations contractuelles prévoyant, pour un établissement particulier, des règles disciplinaires différentes. Un médecin, engagé avant l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation, pouvait néanmoins se prévaloir des dispositions de celle-ci.

3.1.3. Accidents du travail

— Le Comité judiciaire du Conseil privé a été saisi d'une demande inhabituelle dans *Ogden Industries Pty. Ltd. v. Lucas*¹⁰⁰. Un employeur réclamait le maintien d'une obligation acquise sous l'empire d'une disposition modifiée entre le moment où est survenu un accident du travail et le moment où le travailleur accidenté décède des suites de l'accident. On aura deviné que la modification, portant sur l'indemnité payable en cas de décès, changeait le droit dans un sens défavorable à l'employeur puisque ce dernier réclamait le maintien de l'obligation acquise auparavant. Le Conseil privé jugea que la modification devait s'appliquer de manière générale à l'égard de tous les décès survenus après son entrée en vigueur, indépendamment du moment de l'accident : pas plus que les ayants droit n'avaient de droits acquis avant la date du décès, pas plus l'employeur ne pouvait-il, pour échapper à l'application de la loi nouvelle, invoquer d'obligation acquise avant ce jour.

97.1. S.C. 1976-77, c. 33.

98. [1933] R.C.S. 47.

99. [1975] 2 R.C.S. 454.

100. [1970] A.C. 113 (P.C.).

3.1.4. Assurance-chômage

— La *Loi sur l'assurance-chômage* fut modifiée à compter du 1^{er} janvier 1976 pour abaisser de 70 à 65 ans la limite de l'âge de l'admissibilité aux prestations. Dans l'arrêt *Commission de l'emploi et de l'immigration c. Dallialian*,¹⁰¹ la Cour suprême était saisie du cas d'une personne âgée de plus de 65 ans et de moins de 70 ans le 1^{er} janvier 1970 et qui recevait des prestations à cette date. La Cour jugea qu'en raison de l'établissement d'une période de prestation au profit du prestataire avant la modification, celui-ci jouissait, le 31 décembre 1975, d'un droit ou d'un privilège né sous le régime du texte ancien, soit celui de continuer à recevoir des prestations pendant la période antérieurement prévue. La loi nouvelle ne portait pas atteinte à ce droit.

La Cour jugea toutefois que le droit en question demeurait régi par les dispositions anciennes prescrivant les causes de son expiration. En particulier, la loi ancienne prévoyait l'expiration d'une période de prestation au moment où le prestataire acquiert le droit de percevoir une pension ou rente publique de retraite. Cette disposition n'était pas reprise dans la loi nouvelle mais la Cour estima qu'elle continuait de s'appliquer à l'égard du prestataire en cause : si son droit aux prestations survivait, il devait survivre avec les restrictions prévues dans la loi ancienne.

— Dans *Côté c. Commission de l'emploi et de l'immigration*¹⁰², la Cour d'appel fédérale a jugé qu'un prestataire d'assurance-chômage ne pouvait prétendre que l'établissement d'une période de prestation lui conférait un droit acquis au maintien du niveau des prestations payables en vertu du régime : une modification ayant pour effet de réduire le montant des prestations fut jugée d'application générale à toutes les prestations versées à compter de son entrée en vigueur.

3.1.5. Indemnisation des victimes d'accident d'automobile

— Diverses provinces canadiennes ont établi un régime destiné à indemniser les victimes d'accident d'automobile dans le cas où il est impossible d'exécuter un jugement obtenu contre l'auteur du dommage. Il est de jurisprudence constante que le rapport juridique entre la victime et le Fonds d'indemnisation s'établit au moment du jugement et non au moment de l'accident. Une modification aux règles relatives au recours contre le Fonds s'applique donc

101. [1980] 2 R.C.S. 582.

102. *Supra*, note 86.

de manière générale au recouvrement de tous les jugements rendus après la modification, même s'ils concernent des accidents survenus ou des actions intentées avant celle-ci : il n'y a pas de droit acquis contre le Fonds avant le jugement ¹⁰³. Par contre, un jugement obtenu avant une modification rend celle-ci inopposable au créancier ¹⁰⁴. Elle lui confère un droit acquis.

3.1.6. Régime public d'assurance-vie

— La *Loi de l'assurance des soldats de retour* ^{104.1} fut modifiée en 1951 pour permettre à l'assuré de changer les bénéficiaires d'une police établie sous son régime. Dans *La Reine c. Beaton* ¹⁰⁵, se posait la question de savoir si cette modification pouvait s'appliquer de manière à porter préjudice aux droits de bénéficiaires désignés avant son entrée en vigueur. La Cour jugea que, compte tenu de sa formulation très claire, cette modification devait recevoir une application générale de façon à permettre le changement de bénéficiaire même à l'égard de bénéficiaires désignés avant 1951.

3.1.7. Citoyenneté

— Heinrich Kleifges, citoyen de la République fédérale d'Allemagne, était, depuis 1972, à l'emploi du Gouvernement de l'Ontario en Allemagne occidentale, avec statut d'immigrant reçu au Canada. À l'époque, la *Loi sur la citoyenneté canadienne* ^{105.1} prévoyait qu'une période d'emploi à l'étranger dans la fonction publique d'une province devait être considérée comme période de résidence au Canada aux fins de l'obtention de la citoyenneté canadienne. En 1977, Kleifges présenta une demande de citoyenneté canadienne qui fut rejetée au motif que le requérant ne remplissait pas les conditions de résidence au Canada alors prescrites par la loi. En effet, à la suite de l'entrée en vigueur, le 15 février 1977, de la nouvelle *Loi sur la citoyenneté* ^{105.2}, la fiction de résidence au Canada pour les personnes à l'emploi d'une province à l'étranger avait été abolie. La Cour fédérale, saisie d'un appel de la décision

103. *Nadeau v. Cook*, [1948] 2 D.L.R. 783 (Alta. S.C.); *Cross v. Butler*, [1955] 2 D.L.R. 611 (N.S. S.C.); *Harding v. Schulha*, [1954] O.W.N. 604 (Ont. H.C.), conf. [1954] O.W.N. 936 (Ont. C.A.); *A.G. for Canada v. Murray*, (1968) 70 D.L.R. (2d) 52 (N.S. S.C.); *Canadian Pacific Ltd. v. Public Trustee*, (1973) 32 D.L.R. (3d) 122 (Alta S.C.).

104. *Mercier v. Mc Cammon*, [1953] 4 D.L.R. 498 (Ont. H.C.); *Provincial Secretary Treasurer v. Hastie*, [1955] 3 D.L.R. 371 (N.B. S.C.).

104.1. S.C. 1919-1920, c. 54.

105. [1982] 1 C.F. 545 (C.A.F.).

105.1. S.R.C. 1970, c. C-19.

105.2. S.C. 1974-75-76, c. 108.

du juge de la citoyenneté, a décidé que Kleifges avait un droit né, ou du moins un droit naissant, à faire compter sa période d'emploi en Allemagne comme période de résidence au Canada et que l'abrogation de la loi ancienne n'avait pas porté atteinte à ce droit ¹⁰⁶.

3.1.8. Immigration

— Dans *McDoom c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration* ¹⁰⁷, le tribunal a jugé que le fait pour une personne de s'être prévalu des dispositions réglementaires lui permettant de désigner ses enfants aux fins de leur admission au Canada faisait naître pour elle le droit d'exiger que l'étude du dossier d'immigration de ses fils soit fait sous le régime de la réglementation en vigueur à l'époque de la désignation plutôt que sous le régime moins favorable d'une réglementation édictée après la désignation.

— Il est bien établi que les parties à un litige ont un droit acquis à la compétence des tribunaux telle que celle-ci se définit au moment de l'institution des procédures. Ce principe a été appliqué par la Cour d'appel fédérale dans le cas où une immigrante avait intenté un recours avant l'abrogation, le 10 avril 1978, de la « compétence d'équité » de la Commission d'appel de l'immigration. La Cour a jugé qu'à l'égard de cette immigrante, la Commission conservait sa compétence malgré l'abrogation et qu'elle avait le devoir de l'exercer ¹⁰⁸.

— Certains droits acquis ont un caractère temporaire. Ainsi, dans *Heras c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration* ¹⁰⁹, il fut jugé que le droit du titulaire d'un permis de séjour temporaire de demeurer au Canada après l'abrogation des dispositions ayant fondé la délivrance de son permis ne subsiste qu'aussi longtemps que le permis en question n'est pas expiré. À l'expiration du permis, son titulaire devient, comme toute autre personne, assujetti aux dispositions de la loi nouvelle : le fait d'avoir détenu un permis temporaire ne lui confère pas un statut particulier qui se prolongerait au-delà de la date d'expiration du permis et qu'il pourrait opposer à l'application de la loi nouvelle.

— L'acquisition d'un droit peut dépendre de la réalisation d'une condition. Si cette condition ne s'est pas réalisée avant l'abrogation de la loi, les tribunaux peuvent y voir un motif de refuser la survie du régime juridique

106. *In re Kleifges*, [1978] 1 C.F. 734.

107. [1978] 1 C.F. 323.

108. *De Garcia c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1979] 2 C.F. 772 (C.A.F.).

109. [1981] 2 C.F. 605.

antérieur. Par exemple, dans l'arrêt *Parcho c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*¹¹⁰, un immigrant s'était inscrit en 1973 dans un programme d'amnistie en vue d'établir sa résidence permanente au Canada. Ce programme conférait à ceux qui s'en prévalaient un statut particulier pour les fins de l'étude de leur dossier. Le requérant Parcho avait satisfait à tous les critères d'admissibilité au programme, sauf un : la production d'un passeport en cours de validité. Il n'avait toujours pas rempli cette condition lorsque le programme fut aboli par l'entrée en vigueur, le 10 avril 1978, de la *Loi sur l'immigration de 1976*^{110.1}. La Cour d'appel fédérale a jugé que le statut particulier dont jouissait le requérant avait pris fin le 10 avril 1978 : il n'avait acquis avant cette date ni droit, ni privilège opposable à la loi nouvelle, faute d'avoir pu remplir la condition suspensive qui lui avait été imposée¹¹¹.

3.1.9. Domaine public

— La Cour suprême, dans l'arrêt *P.G. du Québec c. Tribunal de l'expropriation*¹¹², a rejeté la prétention du Gouvernement du Québec que les règles applicables au désistement d'une expropriation étaient celles en vigueur au moment de l'expropriation et non celles en vigueur au moment du désistement : le Gouvernement ne pouvait invoquer un droit acquis à l'application des règles anciennes de désistement. Cette décision doit être rapprochée de celles rendues par la *High Court* de l'Ontario au moment où la loi sur l'expropriation de cette province fut modifiée pour obliger la puissance publique à ne se départir de la propriété d'un bien exproprié qu'après avoir au préalable offert à l'exproprié de la lui rétrocéder. Cette modification s'appliquait-elle à toutes les aliénations futures de biens expropriés ou seulement à l'aliénation de biens expropriés après son entrée en vigueur ? Dans *Re Metropolitan Toronto and Region Conservation Authority and Municipality of Toronto*¹¹³, le juge Zuber conclut à l'application générale de la modification. Cette décision fut cassée en appel pour un motif de pure forme et renvoyée devant le tribunal de première instance. Appelé à se prononcer au nom de la *High Court*, le juge Fraser estima que l'application générale aurait porté atteinte aux droits de l'expropriante et qu'il ne fallait

110. [1982] 2 C.F. 269 (C.A.F.).

110.1. S.C. 1976-77, c. 52.

111. On verra aussi, dans le même sens : *Nagra c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 2 C.F. 10 (C.A.F.). On notera que, dans l'affaire Parcho, la Cour n'a pas discuté la question de savoir si, en l'absence d'un droit ou privilège « né », le requérant ne pouvait pas faire valoir un droit ou privilège « naissant ».

112. [1986] 1 R.C.S. 732.

113. (1974) 39 D.L.R. (3d) 43 (Ont. H.C.).

faire de la modification qu'une application restreinte aux seuls biens expropriés après son entrée en vigueur ¹¹⁴.

— Au moment où un dénommé Abbott fit l'acquisition de certaines terres dans la colonie des Nouvelles-Galles du Sud, la loi prévoyait des dispositions lui reconnaissant certains privilèges en rapport avec l'acquisition éventuelle de terres adjacentes. Avant qu'Abbott n'ait manifesté l'intention de se prévaloir des dispositions en question, celles-ci furent modifiées. Abbott prétendait cependant détenir des droits acquis à acquérir les terres adjacentes aux conditions antérieurement prévues. Le Conseil Privé rejeta cette prétention au motif qu'Abbott n'avait posé aucun geste, avant la modification, en vue de tirer parti des dispositions anciennes : le simple droit de se prévaloir de certaines dispositions, sans qu'aucun geste ne soit posé en vue de s'en prévaloir, ne pouvait pas, selon la cour, être considéré comme fondant un droit acquis ¹¹⁵.

— Comme contrat à exécution successive, le bail se révèle particulièrement sensible aux changements législatifs. À deux reprises, la Cour suprême a jugé que des modifications dans la législation ne devaient pas, en l'absence de disposition législative contraire, s'appliquer de manière à porter atteinte aux droits contractuels préalablement acquis en raison d'un bail avec l'État ¹¹⁶.

3.1.10. Réglementation des prix

— La lutte à l'inflation, déclarée au Canada au milieu des années 70, a posé la question de l'applicabilité des mesures anti-inflation à l'encontre de contrats conclus avant leur entrée en vigueur. La Cour suprême du Canada, dans *Manitoba Government Employees Association c. Le gouvernement du Manitoba* ¹¹⁷, a jugé que la réglementation manitobaine relative à la lutte à l'inflation ne pouvait, faute d'habilitation claire, porter atteinte à des droits acquis en vertu d'une convention collective conclue avant le moment de sa prise d'effet ¹¹⁸.

114. *Re Metropolitan Toronto and Region Conservation Authority and Municipality of Metropolitan Toronto*, (1974) 47 D.L.R. (3d) 191 (Ont. H.C.).

115. *Abbott v. The Minister of Lands*, [1895] A.C. 425 (P.C.).

116. *Spooner Oils Ltd. v. The Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629; *La Reine c. Walker*, [1970] R.C.S. 649.

117. [1978] 1 R.C.S. 1123.

118. On verra, dans le même sens : *Re Ontario Medical Association and Workers Compensation Board*, (1985) 52 O.R. (2d) 617 (Ont. H.C.).

— En matière de contrôle des prix des services publics, on a jugé qu'une réglementation ¹¹⁹ ou une loi ¹²⁰ nouvelle devait recevoir une application générale et non pas une application restreinte aux seuls contrats conclus après leur entrée en vigueur.

— Dans *Re Apple Meadows Ltd. v. Government of Manitoba* ¹²¹, on a tenu pour applicable de façon générale une modification dans les règles relatives au contrôle des loyers, même dans un cas où cette application portait préjudice aux droits d'un promoteur immobilier qui avait auparavant construit un édifice en misant sur le maintien du régime d'exemption du contrôle des loyers alors en vigueur. La décision fut motivée par le fait que l'application générale était clairement prévue par la loi nouvelle et que le Parlement avait « le droit de changer d'idée ».

— L'arrêt *Director of Public Works v. Ho Po Sang* ¹²² a posé l'intéressante question de la survie dans l'hypothèse où l'attribution d'une prérogative dépend de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par l'Administration. Le locataire d'une terre de la Couronne à Hong Kong avait conçu un projet de redéveloppement domiciliaire dont la réalisation exigeait l'expulsion des occupants des immeubles en cause. Selon l'Ordonnance en vigueur au moment de la demande de permis de reconstruction, les occupants avaient le droit de s'opposer à la délivrance du permis et la décision à ce sujet revenait au Gouverneur en conseil qui jouissait d'une absolue discrétion. Dans l'espèce, les occupants firent opposition, mais l'Ordonnance applicable fut abrogée avant que le Gouverneur en conseil ne se soit prononcé sur le sort de la demande de permis.

On plaida, au nom du promoteur, que l'abrogation de l'Ordonnance ne portait pas atteinte à deux droits acquis distincts : (1) au droit acquis du promoteur à un permis de reconstruction ; ou, à tout le moins, (2) au droit acquis du promoteur à l'examen de la demande de permis de reconstruction selon le droit en vigueur avant l'abrogation. Le Conseil privé rejeta ces deux prétentions. Puisque l'attribution du permis dépendait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, on ne pouvait parler de « droit au permis » aussi longtemps que l'Administration ne s'était pas prononcée à ce sujet, ce qui ne s'était pas produit avant l'abrogation. D'autre part, on considéra que le droit d'obtenir une décision quelconque découlant de la présentation d'une demande de permis n'était pas un « droit » susceptible de survivre à l'abrogation.

119. *Northern and Central Gas Co. c. L'Office national de l'énergie*, [1971] C.F. 149.

120. *Board of Commissioners of Public Utilities v. Nova Scotia Power Corp.*, (1977) 75 D.L.R. (3d) 72 (N.S. C.A.).

121. (1985) 18 D.L.R. (4th) 58 (Man. C.A.).

122. [1961] A.C. 901 (P.C.).

3.1.11. Fiscalité

— C'est le droit fiscal qui a donné au droit transitoire canadien ce qu'on doit considérer comme l'arrêt le plus marquant quant à la position théorique du problème de l'application de la loi dans le temps. Dans *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Le ministre du Revenu national*¹²³, il s'agissait de décider de la portée d'une modification faite à la *Loi de l'impôt sur le revenu* en 1962, modification qui changeait les règles relatives à la déductibilité, pour les années 1962 et suivantes, des dépenses d'exploration et de forage faites par les compagnies pétrolières. Une entreprise avait engagé de telles dépenses avant 1960 et prétendait se prévaloir, pour les années d'imposition 1965 à 1968, des dispositions applicables avant la modification de 1962. Elle prétendait posséder un droit acquis de faire ces déductions malgré l'entrée en vigueur des modifications de 1962 qui lui déniaient cette faculté. Elle alléguait, en outre, que l'application des modifications dans son cas leur aurait conféré un effet rétroactif.

Ces prétentions furent rejetées par la Cour, à la majorité. L'application d'une règle fiscale édictée en 1962 à la détermination de l'impôt payable par une société en 1965, 66, 67 et 68 ne fut pas jugée rétroactive mais bien prospective. En outre, les modifications de 1962 devaient, selon la majorité, recevoir une application générale : aussi longtemps que la société ne s'était pas prévalu du droit à la déduction, ce droit avait le caractère d'une simple expectative susceptible d'être emportée par le changement législatif. « Un contribuable », écrit le juge Dickson à la page 283, « est libre de planifier sa vie financière en se fondant sur l'espoir que le droit fiscal demeure statique ; il prend alors le risque d'une modification à la législation. »

— L'instauration de la taxe à la valeur ajoutée (TVA) en Grande-Bretagne a soulevé l'intéressant problème de l'applicabilité de la nouvelle taxe à des paiements faits, après la date d'entrée en vigueur des textes l'instaurant, en exécution de contrats de location d'appareils de télévision conclus avant cette date. Dans *Customs and Excise Commissioners v. Thorn Electrical Industries Ltd.*¹²⁴, la Chambre des Lords a jugé, d'une part, que l'imposition d'une taxe sur les échéances futures de loyer n'avait pas d'effet rétroactif et, d'autre part, que les textes pertinents étaient suffisamment clairs pour justifier leur application générale, c'est-à-dire leur application à l'égard de toute somme versée après le moment de leur prise d'effet, y compris à l'égard de celles payées en exécution d'un contrat conclu avant cette date.

123. *Supra*, note 27.

124. [1975] 1 W.L.R. 1661 (H.L.).

— Dans *Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Minister of Revenue of Ontario*¹²⁵, une entreprise avait fait remise à l'État ontarien d'une somme qui, en 1975, se révéla avoir été payée en trop ; elle en demanda donc le remboursement au ministre responsable. À l'époque du paiement, en 1973, la loi ontarienne conférait au ministre un pouvoir discrétionnaire en matière de remboursement de trop-perçus. En 1975, au moment de la demande de remboursement, la loi avait été modifiée de telle sorte qu'il devenait impossible, dans les circonstances, de réclamer un remboursement. La Cour d'appel de l'Ontario considéra que, du seul fait du paiement erroné, en 1973, l'entreprise était devenue titulaire d'un droit né ou, à tout le moins, d'un droit naissant (*accruing*). Il ne s'agissait pas du droit à un remboursement, car le ministre jouissait d'une discrétion à ce sujet, mais plutôt du droit d'obtenir du ministre qu'il examine au fond une demande de remboursement et qu'il décide du sort de la demande selon le droit ancien.

3.1.12. Protection de l'environnement

— C'est le 21 novembre 1972 qu'entra en vigueur la *Loi de la qualité de l'environnement* du Québec^{125.1}. Dans *Les Constructions du Saint-Laurent Limitée c. Le Procureur général du Québec*¹²⁶, la Cour d'appel du Québec a jugé inapplicable l'article 22 de cette loi de manière à imposer l'obtention d'un certificat d'autorisation à l'égard de l'exploitation d'une carrière de pierre dans l'hypothèse où cette exploitation avait été entreprise avant le 21 décembre 1972. En effet, le texte de l'article 22 exigeant l'obtention du certificat pour « entreprendre l'exploitation d'une industrie quelconque », il ne pouvait s'appliquer à une exploitation commencée avant son entrée en vigueur. C'est encore en se fondant sur le libellé de la Loi, et plus spécialement sur celui de l'article 55, que la Cour supérieure a jugé d'application générale à tous les dépotoirs, indépendamment de la date de leur établissement, les exigences de la Loi relatives à la nécessité d'obtenir un permis pour l'exploitation d'un système de gestion de déchets solides¹²⁷.

— « En matière de nuisances, il est bien reconnu qu'il n'y a pas de droits acquis. » Un éboueur l'a appris à ses dépens, lui qui, dans *Corporation de la Paroisse de St-Hippolyte c. Richer*¹²⁸, avait tenté d'opposer à un règlement municipal relatif aux « nuisances » des droits acquis à l'exploitation d'un dépotoir.

125. (1981) 121 D.L.R. (3d) 403 (Ont. C.A.).

125.1. L.Q. 1972, c. 49.

126. [1976] C.A. 635.

127. *Procureur général du Québec c. Carrière Landreville Inc.*, [1981] C.S. 1020.

128. [1973] C.S. 1090.

— Les règles relatives aux droits acquis étant justifiées par la volonté d'éviter un préjudice à certaines personnes, rien ne s'oppose, en principe, à ce que celles-ci, selon les principes généraux d'interprétation, puissent renoncer à leurs droits acquis ou, s'en étant d'abord prévalu, puissent en faire l'abandon. Nous ne connaissons pas de jurisprudence relative à la renonciation à un droit acquis. Par contre, le droit de l'urbanisme comporte un abondant contentieux relatif à l'abandon des droits acquis à un usage dérogatoire¹²⁹. En matière de protection de l'environnement, la Cour d'appel du Québec a jugé qu'on ne pouvait déduire l'abandon d'un droit acquis à l'exploitation d'un dépotoir du simple fait que cette exploitation avait été interrompue contre la volonté de son exploitant, à la suite d'une ordonnance judiciaire¹³⁰.

3.1.13. Libérations conditionnelles

— Lorsqu'un détenu admis à la libération conditionnelle est déchu de celle-ci, les conséquences de cette déchéance à l'égard du droit à la réduction statutaire de peine s'apprécient selon le droit en vigueur le jour où la déchéance est prononcée : le détenu ne peut réclamer le maintien des règles de réduction statutaire de peine qui existaient au moment de son admission au pénitencier, ni même, semble-t-il, de celles qui s'appliquaient au moment où il a été admis à la libération conditionnelle :

C'est en interprétant la législation en vigueur au moment de la révocation de la libération conditionnelle qu'on doit déterminer la situation du [détenu] au regard de la déchéance de la réduction statutaire de peine.¹³¹

— Bien qu'un détenu ne puisse, en raison du caractère discrétionnaire de la libération conditionnelle, prétendre posséder un droit acquis à l'obtenir, la Cour fédérale a reconnu, dans *Ford c. Commission nationale des libérations conditionnelles*¹³², qu'il pouvait faire valoir le droit à ce que l'étude de son dossier en vue d'une libération conditionnelle se fasse à l'époque prévue au moment de la révocation d'une première libération conditionnelle plutôt qu'à une date plus tardive prévue dans un texte entré en vigueur après la révocation. On voit consacré ici non pas le droit à une décision favorable mais le droit à une décision quelconque dans un délai précis¹³³.

129. Voir les textes cités à la note 5.

130. *Lacroix c. La Commission municipale de Québec*, J.E. 85-263 (C.A.Q.).

131. *Howley c. Le sous-procureur général du Canada*, [1977] 2 R.C.S. 45, p. 52 (J. Dickson).

132. [1977] 1 C.F. 359.

133. On comparera avec l'arrêt *Falconbridge Nickel Mines*, *supra*, note 125.

3.1.14. Contrôle des armes à feu

— À compter du 1^{er} janvier 1978, les dispositions du *Code criminel* relatives au contrôle des armes à feu furent profondément modifiées. L'éventualité de ces modifications fut connue dès que furent sanctionnés les textes modificatifs, soit le 5 août 1977. Plusieurs personnes s'empressèrent dès lors de présenter, au fonctionnaire compétent, des demandes de permis ou d'autorisation avant l'échéance du 1^{er} janvier, vraisemblablement dans l'espoir d'assurer, quant à eux, le maintien des règles anciennes. Le fonctionnaire en question, le Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada, opposa des refus à plusieurs demandes présentées avant le 1^{er} janvier mais instruites après cette date, au motif que la loi, telle que modifiée, lui déniait le pouvoir de délivrer les permis ou autorisations demandés.

Il s'agissait donc de savoir si la présentation d'une demande d'autorisation ou de permis avait l'effet de créer un droit acquis en faveur du requérant et de faire survivre à son égard les dispositions anciennes de manière à donner un fondement au pouvoir du Commissaire malgré l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions et l'abrogation des anciennes. Assez curieusement, deux cours d'appel des provinces ont jugé que la production de la demande d'autorisation ou de permis suffisait à faire naître un droit acquis¹³⁴ tandis que la Cour fédérale, à deux reprises, jugea que ce n'était pas le cas¹³⁵.

3.1.15. Lois de police

— La protection contre l'incendie implique la mise en œuvre de réglementations dont l'application à l'égard d'immeubles déjà construits peut faire problème. Dans *Procureur général du Québec c. Zurich Realities Inc.*¹³⁶, la Cour d'appel du Québec, en se fondant sur la formulation de la loi habilitante, a considéré que la réglementation québécoise sur la sécurité dans les édifices publics devait recevoir une application générale et non pas une application restreinte aux seuls édifices construits après son adoption¹³⁷.

— On ne s'étonnera pas qu'une réglementation municipale relative aux règles d'hygiène à respecter dans une boulangerie puisse être jugée d'application

134. *R. v. Abell*, (1979) 49 C.C.C. (2d) 193 (Sask. C.A.); *Haines v. Attorney General of Canada*, (1979) 32 N.S.R. (2d) 271 (N.S. C.A.).

135. *Martinoff c. Gossen*, [1979] 1 C.F. 327; *Lemyre c. Trudel*, [1978] 2 C.F. 453. Cette dernière décision a été confirmée par la Cour d'appel fédérale ([1979] 2 C.F. 362) sur le fondement d'une disposition transitoire dont l'existence paraît avoir échappé à l'attention du juge et des parties en première instance.

136. Cour d'appel du Québec, N° 500-10-000140-838, le 24 janvier 1985.

137. Voir le cas analogue: *Toronto v. Shields*, (1985) 7 O.A.C. 386 (Ont. C.A.).

générale : on hésite en effet à reconnaître le « droit acquis à empoisonner ses concitoyens »¹³⁸ !

— Habilitée à fournir le service public de l'eau, une municipalité a le pouvoir corrélatif de réglementer la consommation de l'eau. Dans *Ville de Québec c. Magasin Talbot Inc.*¹³⁹, on a jugé qu'une modification dans cette réglementation pouvait s'appliquer de manière à obliger une entreprise à apporter à un appareil de climatisation des modifications visant à réduire la consommation d'eau.

3.1.16. Droit professionnel

Peu de décisions engagent autant l'avenir que le choix d'un métier ou d'une profession : le moindre changement d'importance dans les règles relatives à la formation professionnelle ou dans les conditions d'exercice d'une profession risque de susciter des cris de protestation de la part de ceux dont les attentes se trouvent trompées et les intérêts atteints.

— Des étudiants en architecture ont obtenu que s'appliquent de façon restreinte certaines modifications législatives qui auraient eu pour effet de prolonger d'une année la durée des études dans lesquelles ils s'étaient déjà engagés : le tribunal leur a reconnu le droit acquis au régime pédagogique ancien¹⁴⁰.

— Dans *Starey c. Graham*¹⁴¹, le Parlement britannique avait, en 1888, instauré une procédure d'enregistrement des personnes faisant profession d'agent de brevet : seules les personnes enregistrées au *Chartered Institute of Patent Agents* avaient dorénavant le droit de porter le titre d'agent de brevet. Le dénommé Starey, qui exerçait déjà comme agent de brevet depuis plusieurs années, prétendit jouir, de ce fait, du droit acquis d'exercer sa profession sans avoir à s'enregistrer auprès de la chambre professionnelle. Cette prétention fut rejetée car la loi prévoyait spécifiquement que les personnes ayant exercé à titre d'agent de brevet possédaient le droit d'être enregistrées comme telles. Cette disposition réservait donc le droit de ces personnes d'exercer leur profession mais, jugea-t-on, elle ne les dispensait pas de la formalité de l'enregistrement ni de l'obligation de payer dorénavant une cotisation professionnelle. Starey dû donc se conformer à la loi.

— En 1960, la réglementation relative au pilotage, adoptée en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada*^{141.1}, a été modifiée de façon à

138. *Richstone Bakeries Inc. v. Carroll*, [1964] R.P. 363 (C.S.Q.).

139. [1977] C.A. 384.

140. *Blais c. L'Association des architectes*, [1964] C.S. 387.

141. [1899] 1 Q.B. 406 (Q.B.D.).

141.1. S.R.C. 1952, c. 98, a. 29.

conférer à l'autorité de pilotage le pouvoir de classer les pilotes et de déterminer leur champ d'affectation en fonction de ce classement. Un dénommé Gamache, qui détenait un brevet de pilote depuis 1948, fut, en avril 1966, nommé dans la classe « A » puis, en juillet, rétrogradé dans la classe « E » pour le motif qu'il aurait été négligent, en 1963, lors d'une collision impliquant un navire qu'il pilotait. Sur un recours exercé par le pilote contre ce reclassement, la Cour suprême du Canada a jugé que la Loi conférerait à tout pilote breveté un droit acquis permanent auquel il ne pouvait être porté atteinte par règlement, à moins d'une habilitation claire. Comme le règlement en cause portait atteinte à ce droit acquis en établissant des classes de pilote jouissant de droits inégaux et comme cette atteinte n'était pas clairement autorisée par la Loi, la cour prononça l'invalidité du règlement ¹⁴².

* * *

Ce bref survol d'une partie de la jurisprudence montre bien le caractère extrêmement hétérogène du contentieux du maintien des droits acquis en droit public de même que la grande diversité des problèmes soulevés devant les tribunaux, tout comme des réponses données par ceux-ci. Cette même diversité, et cette même richesse, on la retrouve aussi dans la motivation des décisions.

3.2. La motivation des décisions

On peut faire de la motivation d'un jugement des analyses à divers niveaux. L'analyse formelle, la plus généralement pratiquée par les juristes, porte sur la motivation juridique, sur l'argumentation par laquelle le juge cherche à *montrer* que sa conclusion est bien celle que le droit indique comme vraie. Mais, comme chacun sait, le droit (c'est justement pour cela qu'il faut parfois recourir au juge) admet souvent plusieurs solutions comme également vraies ou correctes, si bien que l'analyse doit dépasser l'étude de l'argumentation formelle pour tenter d'isoler les facteurs qui ont pu influencer sur le choix du juge entre deux thèses opposées toutes deux susceptibles de se bien justifier en droit. Cet autre niveau d'analyse, particulièrement délicat dans la mesure où il repose sur des éléments qui peuvent être non dits et même non perçus du décideur lui-même, n'en apparaît pas moins comme essentiel dans un domaine comme celui des droits acquis.

En effet, il s'agit d'une question à l'égard de laquelle le juge exerce un pouvoir créateur indéniable, mais occulté par le style de justification conventionnellement admis. Ce pouvoir, il convient cependant d'essayer d'en cerner

142. *Jones c. Gamache*, *supra*, note 69.

d'abord les limites. Une réflexion sur le rôle du juge dans le maintien des droits acquis (3.2.1.) semble en effet un préalable indispensable à l'étude de la rhétorique (3.2.2.) et de la politique jurisprudentielle (3.2.3.) des droits acquis.

3.2.1. Le rôle du juge dans le maintien des droits acquis : ni pur déterminisme, ni entière liberté

La manière conventionnelle dont on représente la tâche du juge en matière de droits acquis donne généralement l'image de la plus parfaite passivité. Le travail du juge consisterait, premièrement, à vérifier si des faits se sont produits qui auraient amené la constitution d'un droit acquis et, deuxièmement, à découvrir quelle a pu être, quant au sort réservé à ces droits acquis, l'intention du législateur. L'action du juge apparaît dès lors comme entièrement déterminée par deux éléments indépendants de sa volonté : l'existence ou l'inexistence de droits acquis, qui s'établit à partir de certains critères, et la volonté du législateur de les maintenir ou, au contraire, de leur porter atteinte, qui est susceptible d'être découverte grâce à des indices ou à des présomptions.

Cette représentation, fidèle à l'idée de la séparation des pouvoirs législatifs et juridictionnels, postule en somme que les solutions préexistent aux problèmes. Le choix entre l'application générale ou restreinte de la loi nouvelle relève de la compétence du législateur et la tâche du juge, purement exégétique, consiste à découvrir quelle a été la décision du législateur à ce sujet, en appliquant divers critères et en se fondant sur divers indices.

À cette vision formaliste du rôle du juge, on oppose une conception qui se veut plus réaliste. Dans cette perspective, illustrée entre autres par les « Réflexions sur la rétroactivité des lois » de Michel KRAUSS¹⁴³, il est inutile de chercher à découvrir, dans les arrêts de jurisprudence, des critères ou des indices menant à l'intention du législateur quant à la solution des problèmes de droits acquis. Il ne s'agit là que rationalisation *a posteriori* d'une décision qui dépend, en dernière analyse, de la pure volition du juge. Dans une perspective « réaliste », seraient acquis les droits que le juge a, pour des motifs qu'il n'explicite pas le plus souvent, décidé de soustraire à l'effet de la loi nouvelle, et l'intention du législateur, ce ne serait que celle que le juge a, dans un but de justification et de légitimation, estimé commode d'attribuer à l'auteur du texte. La motivation explicite des jugements n'aurait ainsi que peu de rapport avec les véritables motifs des décisions, qu'elle sert d'ailleurs à

143. *Supra*, note 42.

occulter ; il serait donc oiseux de s'y arrêter, car les vraies raisons de la décision seraient ailleurs ¹⁴⁴.

Chacune de ces deux représentations du rôle du juge apparaît incomplète. Comme en matière d'interprétation en général, l'action du juge à l'égard des droits acquis ne peut s'analyser, ni uniquement comme l'exercice d'un pouvoir purement discrétionnaire, ni seulement comme le résultat de strictes déterminations ¹⁴⁵. Toute étude sérieuse de cette question se trouve compromise si l'on néglige de tenir compte aussi bien des contraintes qui pèsent sur la décision du juge que des libertés dont il dispose en raison de la relative imprécision des règles qu'il doit appliquer.

Certains éléments de contrainte pèsent sur l'action du juge en raison même de la fonction qu'il occupe : celle-ci se définit d'abord comme l'application de la volonté législative. Non seulement le juge doit-il respecter la loi, il doit aussi tenir compte de la jurisprudence. On attend aussi de lui qu'il fasse preuve d'un bon jugement, sensible aux valeurs de la communauté dont il est le représentant et qu'il retienne la solution la plus raisonnable qui puisse se concilier avec le texte qu'il doit appliquer. La contrainte qui s'exerce sur le juge provient aussi du fait de son obligation de prendre en compte les arguments des plaideurs, de les soupeser et de motiver sa décision en montrant qu'il a bien pris en considération les prétentions respectives des parties. Si le juge doit soupeser les arguments, ceux-ci, à leur tour, pèsent sur sa décision, militent en faveur d'une conclusion ou à l'encontre d'une autre. Un argument a beau n'être qu'un outil ou une technique de justification, le juge, comme l'artisan, ne peut échapper à une certaine domination de sa technique, de ses outils. Si telle décision, au plan formel de la technique juridique, se justifie mieux que telle autre, compte tenu des arguments présentés par les plaideurs, elle a vraisemblablement davantage de chances d'être retenue.

Mais on aurait tort, dans l'analyse des décisions en matière de droits acquis, de s'en tenir aux aspects purement formels de la justification et de prendre pour argent comptant les motifs ostensibles des jugements. Ces motifs, en effet, suivant une convention habituellement bien observée, tendent à présenter la décision comme dictée au juge par des règles préétablies. Or,

144. Ainsi, Krauss croit déceler une tendance des tribunaux, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire d'accorder des exemptions à l'égard de la loi nouvelle, de ne pas appliquer la loi dans les cas où le faire « créerait un abus de confiance grave pour relativement peu de gens ». *Supra*, note 42, p. 299.

145. Sur la part de la régulation et de la liberté dans l'interprétation en droit, on verra : François OST et Michel van de KERCHOVE, « Le jeu de l'interprétation en droit. Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique. » (1982) 27 *Arch. phil. dr.* 395.

l'imprécision des notions et des règles en matière de droits acquis laisse souvent au juge l'embarras du choix des solutions¹⁴⁶ ou, si l'on préfère, lui réserve un espace de liberté dont il fera un usage qui s'explique par des raisons que la motivation, non seulement ne fait pas nécessairement apparaître, mais qu'elle contribue aussi à occulter.

Lorsque la loi reste silencieuse sur la question de l'application générale ou restreinte, l'indétermination de la notion de droit acquis, autant que la faiblesse de la présomption de maintien des droits acquis, justifient d'interpréter le silence du législateur comme une délégation de pouvoir faite au juge : la question de l'application générale ou restreinte de la loi se trouve dès lors abandonnée à la controverse, à la délibération du juge qui appréciera *in concreto*, en tenant compte des arguments reconnus comme pertinents à ce genre de débat. Si ces arguments conventionnels pèsent sur l'exercice du pouvoir du juge, ils ne suffisent cependant pas toujours à en expliquer les raisons, d'où la nécessité de ne pas dissocier l'argumentation des circonstances particulières qui l'ont suscitée. Seules ces circonstances peuvent en effet expliquer pourquoi, entre deux thèses plus ou moins également justifiables compte tenu de l'arsenal rhétorique conventionnel, le juge a préféré justifier telle thèse plutôt que telle autre.

3.2.2. La rhétorique jurisprudentielle des droits acquis

Selon la représentation classique du rôle du juge en matière de droits acquis, il incombe à ce dernier de vérifier si, dans l'espèce, il se trouve en présence d'une situation de droits acquis et, dans l'affirmative, si le législateur a entendu les maintenir ou leur porter atteinte. Les débats dont il sera saisi se rapporteront donc soit à l'existence de droits acquis (3.2.2.1.), soit à la volonté législative quant à leur maintien (3.2.2.2.).

3.2.2.1. La controverse relative à l'existence de droits acquis

Puisque l'application restreinte de la loi nouvelle se justifie, en droit canadien, au nom du maintien des droits acquis, le juge doit se prononcer sur l'existence de tels droits avant même d'aborder la question de l'applicabilité du principe général de maintien des droits acquis.

Or, on ne trouvera pas, dans la jurisprudence, une définition précise de ce qu'il faut entendre par le terme « droit acquis ». Le contraire serait d'ailleurs

146. « Le principe du maintien des droits acquis [...] se comprend aisément mais les difficultés d'application qu'il soulève sont bien connues. » *Lemyre c. Trudel*, [1978] 2 C.F. 453, p. 456 (J. Marceau).

étonnant. Sauf exception ¹⁴⁷, les juges se bornent donc à constater le caractère flou de ces termes ¹⁴⁸ et la difficulté, aussi bien que l'inutilité, d'en rechercher la définition ¹⁴⁹. Ils soulignent également, non seulement l'imprécision de l'expression « droit acquis », mais également l'indétermination relative du mot « droit » lui-même : la ligne entre ce qui constitue ou ne constitue pas un « droit » apparaît effectivement souvent difficile à tracer ¹⁵⁰, d'autant plus que sont rangées sous ce vocable des prérogatives aussi diverses que des droits réels ou personnels classiques, des pouvoirs ou des libertés, ainsi que des droits difficiles à classer comme celui d'obtenir de l'Administration qu'elle étudie une demande d'autorisation ou qu'elle l'étudie à la lumière d'une réglementation donnée, ou encore qu'elle l'étudie à une époque déterminée.

En pratique, l'existence ou l'inexistence de droits acquis est débattue soit en rapport avec la nature du droit en cause, soit en rapport avec la conduite du justiciable en vue l'acquisition de ce droit.

Les débats relatifs à la nature du droit

Peut-on concevoir qu'un droit conditionnel puisse néanmoins être jugé acquis ? Cette question, souvent agitée devant les tribunaux, n'admet pas de réponse catégorique. Le simple fait qu'un droit soit assujéti à une condition ne s'oppose pas nécessairement à ce qu'on puisse le considérer comme acquis ¹⁵¹. Il semble en effet se dégager de la jurisprudence une distinction entre le droit dont *la naissance* dépend de la réalisation d'une condition et celui dont seul *l'exercice* se trouve sujet à pareille réalisation. Dans des hypothèses où la naissance d'un droit était soumise à la réalisation d'une condition, on a considéré qu'il y avait tout au plus une simple expectative

147. Le juge Channell a, dans *Starey v. Graham* (*supra*, note 141, à la page 411) proposé la définition suivante : « [...] "right acquired" means some specific right which in one way or another has been acquired by an individual, and which some persons have got and others have not got. » Cette définition n'est pas bien compromettante et ne nous dit pas ce qu'il faut entendre par le terme « droit ».

148. *Taylor Blvd. Realities Ltd. c. Cité de Montréal*, [1963] B.R. 839, p. 844 (J. Taschereau).

149. *Dalton v. Canadian Human Rights Commission*, (1984) 15 D.L.R. (4th) 548, p. 559 (C.F. ; J. Reed).

150. « The distinction between what is and what is not "a right" must often be one of great fineness. » *Free Lanka Insurance v. Ranasinghe*, [1964] A.C. 541 (P.C.) 552 (Lord Evershed).

151. « A right is no less a right recognized by law solely because all of the steps necessary to be taken before it can be acted upon may not yet have been taken. » *Falconbridge Nickel Mines Ltd v. Minister of revenue for Ontario*, *supra*, note 125, p. 413 (J. Thorson). Voir aussi : *Free Lanka Insurance v. Ranasinghe*, *supra*, note 150.

aussi longtemps que la condition n'était pas réalisée ¹⁵². Dans ces cas où, au contraire, la réalisation de la condition avait trait à l'exercice d'un droit, on a décidé que le droit pouvait être acquis même si la condition n'était pas encore réalisée au moment de l'abrogation de la loi ¹⁵³.

En rapport avec les droits conditionnels, on a, à quelques reprises, débattu la question de savoir si un particulier pouvait invoquer un droit acquis dans l'hypothèse où la loi conférait à l'Administration le pouvoir discrétionnaire de lui conférer une prérogative : peut-on concilier droit acquis et discrétion administrative ? Dans l'arrêt de principe *Director of Public Prosecutions v. Ho Po Sang* ¹⁵⁴, le Conseil privé a décidé qu'un particulier qui réclamait l'autorisation de démolir certains immeubles, autorisation administrative d'attribution discrétionnaire dans les circonstances, ne pouvait faire valoir de droit acquis à cette autorisation aussi longtemps qu'elle n'était pas accordée. Non seulement lui dénia-t-on le droit acquis de procéder à la démolition, mais on jugea aussi qu'il ne pouvait pas non plus, après l'abrogation des textes en vigueur au moment où sa demande fut présentée, exiger que cette demande fût étudiée en conformité du droit antérieur.

Cette solution, rigoureuse pour le particulier, a été écartée dans quelques affaires canadiennes. Dans *R. v. Abell* ¹⁵⁵ et dans *Haines v. Attorney General of Canada* ¹⁵⁶, on a jugé que le droit à l'obtention d'une autorisation pouvait être acquis malgré que l'autorité chargée de la délivrer ait joui d'une discrétion pour refuser sa délivrance. Ces décisions sont motivées par le fait que, dans l'espèce, les conditions objectives prévues par la loi pour qu'un tel pouvoir discrétionnaire puisse être exercé n'étaient pas réunies ¹⁵⁷. Dans d'autres affaires, sans aller jusqu'à reconnaître en particulier le droit acquis à l'exercice favorable d'un pouvoir discrétionnaire, on a toutefois affirmé son droit acquis à une décision quelconque, favorable ou défavorable ¹⁵⁸.

Il apparaît en filigrane dans la jurisprudence que la force de la présomption de maintien des droits acquis est d'autant plus grande que la loi porte atteinte

152. *Director of Public Works v. Ho Po Sang*, *supra*, note 122 ; *Ogden Industries Pty. Ltd. v. Lucas*, *supra*, note 100 ; *Parcho v. Le ministre de l'emploi et de l'immigration*, *supra*, note 110.

153. *Gell v. White*, [1922] 2 K.B. 423 ; *Free Lanka Insurance v. Ranasinghe*, *supra*, note 150 ; *Re Falconbridge Nickel Mines v. Minister of Revenue for Ontario*, *supra*, note 125. Voir aussi : *Blais c. l'Association des architectes de la Province de Québec*, *supra*, note 140.

154. *Supra*, note 122.

155. *Supra*, note 134.

156. *Supra*, note 134.

157. On comparera avec : *Lemyre c. Trudel*, *supra*, note 135.

158. *Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Minister of Revenue for Ontario*, *supra*, note 125 ; *Ford c. La Commission nationale des libérations conditionnelles*, *supra*, note 132. Voir également : *In re Kleifges*, *supra*, note 106.

à un droit dont le particulier doit l'acquisition à sa propre industrie ou à l'exercice de son libre arbitre. On semble se montrer plus sensible à l'atteinte portée à un droit patrimonial classique (droit réel, droit contractuel) qu'à une prérogative conférée par la loi. Ce que l'individu a acquis, en particulier par contrat, apparaît davantage digne de protection que ce qu'il tient de l'effet de la loi seule. Ce que l'État a donné, il pourrait plus facilement le reprendre.

De cet argument, assez diffus dans les motifs des décisions, on se limitera ici à donner deux exemples. Dans *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. le Ministre du Revenu National*¹⁵⁹, le juge Pigeon, dans ses motifs dissidents, présente le droit à certaines déductions fiscales en cause comme un droit contractuel, ou du moins, cessible par contrat, et auquel il faut présumer que le législateur n'a pas voulu porter atteinte¹⁶⁰. Le juge Dickson, au contraire, présente, le droit en cause comme découlant exclusivement de la loi : il ne s'agirait pas d'un droit patrimonial susceptible d'être cédé par contrat.¹⁶¹ Dans *Acme Village School District v. Steele-Smith*,¹⁶² la majorité a jugé qu'une modification dans les conditions de travail des instituteurs à l'emploi d'une commission scolaire s'appliquait de manière générale, malgré les contrats en cours. Parmi les arguments invoqués à l'appui de cette conclusion, il s'en trouve qui se rapportent au caractère particulier de ces contrats : ils ont un caractère public, ce sont des contrats d'adhésion dont le contenu est prescrit par le Ministre de l'Éducation. La situation juridique de l'instituteur, sous une apparence contractuelle, serait donc en réalité de nature légale, ce qui militerait en faveur de l'application générale¹⁶³.

Doit-on, pour déterminer l'existence de droits acquis, traiter différemment les prérogatives formellement reconnues à un sujet de droit par la loi ou par un contrat et celles qui, comme une liberté, lui appartiennent du simple fait de l'absence de toute interdiction ? L'exercice d'une liberté peut-elle fonder des droits acquis ? Louis-Philippe Pigeon a écrit que « la notion de droit acquis n'est pas applicable à celui qui jouit seulement du droit de se livrer à une

159. *Supra*, note 27.

160. Il écrit, à la page 288 : « Le principe de la non-rétroactivité des lois n'est qu'une règle d'interprétation. Sa force varie selon la nature du texte législatif, mais elle n'est jamais plus grande que lorsqu'une autre interprétation modifierait l'effet de contrats déjà conclus. »

161. Il écrit, à la page 278 : « Les dispositions modificatrices de 1962 ont conféré à certaines compagnies remplaçantes le droit de se prévaloir des déductions en question. C'était donc un droit nouveau accordé par le Parlement et non par la compagnie remplacée. Jamais la loi n'a permis à une compagnie remplacée de céder à une compagnie remplaçante le droit de se prévaloir des déductions relatives aux dépenses de forage et d'exploration. »

162. *Supra*, note 23.

163. On verra en particulier les notes du juge Crocket, aux pages 79-80.

activité non défendue »¹⁶⁴. Il paraît reprendre à son compte les propos du juge Channell dans *Starey v. Graham*¹⁶⁵. On se souviendra que cette affaire soulevait la question de l'applicabilité d'une loi nouvelle d'organisation professionnelle à un agent de brevet exerçant cette profession depuis de nombreuses années. La cour décida que cette personne devait respecter les dispositions de la loi nouvelle relatives à l'enregistrement auprès de la chambre professionnelle et au paiement de la cotisation. Notons que la loi réservait expressément le droit des anciens agents de brevet à l'enregistrement prévu par ses dispositions : cette disposition se conciliait difficilement avec un « droit acquis à ne pas s'enregistrer ».

C'est à tort que le juge Pigeon déduit de *Starey c. Graham* un principe général voulant que le fait d'exercer une profession non réglementée ne puisse conférer de droit acquis dans l'hypothèse de l'organisation de cette profession : les particularités du texte en cause dans cette affaire n'autorisent pas une conclusion aussi générale. On ne peut non plus étendre au-delà de cette espèce la thèse voulant que l'exercice d'une liberté ne puisse donner lieu à la reconnaissance de droits acquis : elle est démentie, par exemple, dans le contentieux de l'urbanisme, où le fait d'entreprendre une activité commerciale non interdite dans un immeuble suffit à conférer un droit acquis à l'encontre d'une réglementation qui viserait à prohiber une telle activité¹⁶⁶.

Les débats relatifs à l'acquisition du droit

On ne peut dissocier l'idée de « droit acquis » de celle de la singularité de la situation juridique : « le droit doit être acquis à une personne en particulier,

164. Louis-Philippe PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, 3^e éd., Québec, Les publications du Québec, 1986, p. 128.

165. *Supra*, note 141, p. 411 : « ...[right acquired] does not mean "right" in the sense in which it is often popularly used. In one sense, no doubt, every one has a right to do that which the law does not forbid. Every one has a right to wear spectacles, for instance, but he does not acquire a right to wear them by the fact that he does wear them. »

166. Voir les textes cités à la note 5. On doit distinguer le droit de poursuivre l'activité entreprise sous le droit ancien et celui de la poursuivre sans respecter certaines exigences nouvelles relatives, par exemple, à l'obtention d'un permis : *Brasserie Au Petit Tonneau Inc. c. Montréal-Nord*, C.S., District de Montréal, n° 500-000269-889, le 27 octobre 1988. Rien ne s'oppose à ce que le droit de continuer l'activité soit reconnu comme acquis et que soit aussi affirmée l'obligation de respecter celles des dispositions de la loi nouvelle dont l'application ne porterait pas véritablement atteinte à l'exercice du droit acquis. Il s'agit donc de mesurer l'ampleur de la survie de la loi ancienne, question évoquée plus haut (voir le texte correspondant à la note 86) et de vérifier si l'application de la disposition nouvelle n'aurait pas un effet purement procédural (voir le texte correspondant aux notes 88-94).

non à l'universalité des personnes »¹⁶⁷. Le sujet de droit qui invoque un droit acquis doit établir que sa situation juridique est singulière, ou du moins particulière, partagée par un petit nombre de personnes.

Cette exigence jurisprudentielle de singularité ou de particularité s'explique par deux préoccupations jurisprudentielles bien distinctes. D'abord, les tribunaux sont soucieux de réserver à la loi nouvelle un certain domaine d'application. Si des droits acquis sont trop largement reconnus, la loi nouvelle risque de se trouver privée d'un quelconque effet¹⁶⁸. Ensuite, les tribunaux essaient de réserver la protection contre l'application de la loi nouvelle aux seules personnes à qui cette application causerait un préjudice réel, c'est-à-dire à celles dont les attentes fondées sur la loi ancienne ont eu des suites concrètes, les ont amenées à poser des gestes précis, à se compromettre, à modifier leur situation.

C'est au juge que revient la responsabilité de tracer la ligne entre la simple expectative et le droit acquis. Pour ce qui concerne les droits contractuels, il semble bien qu'on doive les considérer comme acquis dès lors que le contrat est formé, et indépendamment du fait qu'ils aient été ou non exercés au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle¹⁶⁹. Dans ce cas, l'existence du contrat semble garantir la singularité ou le caractère particulier de la situation juridique, en tout cas lorsque le contrat n'en est pas un d'adhésion.

Il en va différemment des droits qui tirent leur origine de la loi seule. Dans certains cas rares, on a tenu qu'ils devenaient acquis même en l'absence de tout geste posé par le sujet de droit en vue de s'en prévaloir.¹⁷⁰ Mais la règle générale est bien celle énoncée par le Conseil Privé dans *Abbott v. Minister of Lands*¹⁷¹, à la page 431 :

167. *Commander Nickel Copper Mines Ltd. c. Zulapa Mining Corp. Ltd.*, [1975] C.A. 390, p. 392 (J. Rinfret). « ... "rights acquired" means some specific right which one way or another has been acquired by an individual, and which some persons have got and others have not got. » *Starey v. Graham*, *supra*, note 141, p. 411 (J. Channell).

168. « It has been very common in the case of repealing statutes to save all rights accrued. If it were held that the effect of this was to leave it open to any one who could have taken advantage of any of the repealed enactments still to take advantage of them, the result would be far-reaching. » *Abbott v. Minister of Lands*, *supra*, note 115, p. 431 (Lord Watson).

169. Par exemple: *Board of Trustees of the Acme School District v. Steele-Smith*, *supra*, note 23.

170. *Free Lanka Insurance Co. Ltd. v. Ranasinghe*, *supra*, note 150; *Gell v. White*, *supra*, note 153. Dans ces deux cas, on a jugé qu'un événement instantané (un accident d'automobile, la réception d'un avis d'éviction) avait suffi à singulariser la situation juridique. On peut se demander si ces affaires, bien que discutées en termes de droits acquis, ne mettent pas plutôt en cause la rétroactivité de la loi nouvelle.

171. *Supra*, note 115.

[...] the mere right [...] existing in the members of the community or any class of them to take advantage of an enactment, without any act done by an individual toward availing himself of that right, cannot properly be deemed a « right accrued » [...]

Dans *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Le ministre du Revenu national*¹⁷², le juge en chef Dickson a fait sien cet argument :

Le simple droit de se prévaloir d'un texte législatif abrogé, dont jouissent les membres de la communauté ou une partie d'entre eux à la date de l'abrogation d'une loi, ne peut être considéré comme un droit acquis¹⁷³.

Plusieurs décisions en matière de droits acquis vont donc tourner autour de la question de savoir si celui qui réclame l'application restreinte de la loi nouvelle a, avant l'entrée en vigueur de celle-ci, posé des gestes en vue de tirer partie de la loi ancienne, gestes suffisants pour singulariser ou particulariser sa situation juridique. Si le sujet de droit n'a rien fait en vue de se prévaloir de la loi ancienne, le juge pourra, comme on vient de le voir, en tirer argument, encore qu'il se trouve des cas où l'inaction du sujet de droit a pu être excusée¹⁷⁴.

Au contraire, si un justiciable a fait tout ce qui était en son pouvoir pour tirer partie de la loi ancienne, cela sera évidemment invoqué pour justifier la reconnaissance d'un droit acquis¹⁷⁵. Dans les hypothèses intermédiaires, où le justiciable a posé certains gestes sans pour autant avoir tout fait en vue de tirer partie de la loi, le tribunal appréciera si ce que le justiciable a fait suffit à particulariser sa situation¹⁷⁶ ou si, au contraire, ce qui restait à faire constituait une condition *sine qua non* de la constitution du droit acquis¹⁷⁷.

Le plaideur qui a convaincu le juge de l'existence de droits acquis n'est pas nécessairement au bout de ses peines puisque son adversaire cherchera à démontrer que le législateur n'a pas entendu respecter, dans le cas d'espèce, le principe du maintien des droits acquis. Le débat s'engagera alors sur l'intention du législateur.

172. *Supra*, note 27, p. 283.

173. Voir aussi : *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation*, *supra*, note 2.

174. C'est le cas lorsque l'attente fondée sur la loi ne peut en fait se traduire que par l'inaction (*In re Kleifges*, *supra*, note 106) ou lorsque l'inaction s'explique par l'ignorance d'un fait (*Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Minister of National Revenue for Ontario*, *supra*, note 125). Rappelons qu'une quelconque action n'est pas toujours exigée : voir les arrêts cités à la note 170.

175. *Bell Canada c. Palmer*, *supra*, note 95 ; *R. v. Abell*, *supra*, note 134 ; *Haines v. Attorney General for Canada*, *supra*, note 134.

176. *Mercier v. McCammon*, *supra*, note 76.

177. *Parcho c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, *supra*, note 110.

3.2.2.2. La controverse relative à l'intention du législateur

On définit traditionnellement l'objectif du juge, en matière d'application de la loi, comme devant être la recherche de l'intention du législateur. La présomption ou le principe du maintien des droits acquis possède, à cet égard, valeur de pur instrument : il s'agit d'un moyen, parmi d'autres, de découvrir l'intention¹⁷⁸. En matière de droits acquis, lorsqu'il est établi ou concédé que de tels droits existent, la tâche de celui qui argumente, qu'il soit juge ou plaideur, consistera donc à convaincre son auditoire, à partir de divers indices, que le législateur a voulu que la loi nouvelle s'applique de façon générale (et donc malgré les droits acquis) ou de façon restreinte (pour assurer le respect des droits acquis).

L'argumentation paraît en général plus riche, plus diversifiée, lorsque l'orateur plaide pour l'application générale : puisque cette solution se présente comme l'exception, comme une entorse au principe général du maintien des droits acquis, il est normal que celui qui entend la justifier se sente l'obligation d'étayer sa thèse de façon particulièrement solide.

Parmi les arguments avancés de part et d'autre dans ce débat, il convient de distinguer ceux qui se rattachent à la présomption du maintien des droits acquis, ceux qui reposent sur la formulation de la nouvelle loi, ceux qui font appel à la considération des objectifs de cette loi et enfin ceux qui mettent de l'avant les conséquences, favorables ou défavorables, de l'application générale ou de l'application restreinte de la loi¹⁷⁹.

Les arguments relatifs à la présomption du maintien des droits acquis

Le juge qui entend justifier l'application restreinte de la loi nouvelle invoquera le principe du maintien des droits acquis, dans sa forme jurisprudentielle¹⁸⁰ ou législative¹⁸¹. Trois façons différentes de faire échec à cet argument s'offrent au juge qui entend justifier l'application générale.

178. On pourrait appliquer au principe du maintien des droits acquis ce qui fut dit du principe de l'application générale (ou « rétroactive ») des lois de pure procédure par le juge Pratte dans *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S. 221, p. 235 : « On ne conteste pas que la règle de l'application rétroactive des lois de procédure n'est pas absolue ; il s'agit seulement d'un guide qui a pour but d'aider à découvrir la véritable intention du Parlement, ce qui est l'objet principal de l'interprétation des lois. »

179. Bien que d'une importance extrême en pratique, les arguments d'autorité, en particulier ceux qui sont tirés de la jurisprudence, ne seront pas étudiés ici. Il est apparu qu'une telle étude se n'imposait pas, l'argumentation à partir de précédents, en matière de droits acquis, ne présentant aucune particularité susceptible d'en justifier ici l'analyse.

180. Par exemple : *Spooner Oils Ltd. v. The Turner Valley Gas Conservation Board*, *supra*, note 116, p. 638.

181. Par exemple : *Bell Canada c. Palmer*, *supra*, note 95, p. 190.

Premièrement, après avoir rappelé que le principe du maintien des droits acquis a valeur d'une simple règle d'interprétation qu'on doit mettre de côté lorsque l'intention contraire du législateur apparaît clairement, ou à laquelle on ne doit pas faire appel en l'absence d'ambiguïté, le juge pourra constater que, dans les circonstances, il n'y a pas d'obscurité, pas d'ambiguïté, et donc pas lieu de recourir à cette présomption¹⁸².

La seconde technique, qui peut d'ailleurs être utilisée de concert avec la première¹⁸³, conduit, à toutes fins utiles, à mettre en doute la valeur de la présomption du maintien des droits acquis comme règle générale d'interprétation. Cette technique de justification, fréquemment utilisée¹⁸⁴, consiste, en effet, à affirmer que l'atteinte aux droits existants est le fait de presque toutes les lois. Cette petite phrase banalise l'application générale de la loi nouvelle ainsi que l'atteinte aux droits acquis ou existants¹⁸⁵. Elle porte en elle la négation même du principe du maintien des droits acquis : si l'atteinte aux droits existants est le fait de presque toutes les lois, c'est l'application générale de la loi qui doit se présumer, parce qu'elle refléterait le comportement normal du législateur, et non pas l'application restreinte, qui ferait figure d'exception. D'ailleurs, dans l'arrêt de principe *West v. Gwynne*, où cette phrase a été pour la première fois prononcée, le juge Buckley avait conduit le raisonnement à son terme logique, soit la négation du principe du maintien des droits acquis :

Il est de règle qu'un texte législatif ne peut, sans raison valable, être considéré comme rétroactif. Il existe, pour ainsi dire, une présomption que la loi ne dispose que pour l'avenir. Mais il n'existe pas de présomption selon laquelle la loi ne porte pas atteinte aux droits existants. La plupart des lois du Parlement portent en réalité atteinte à des droits existants¹⁸⁶.

182. Par exemple : *Board of Trustees of the Acme Village School District v. Steele-Smith*, *supra*, note 23, p. 51 ; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Le ministre du Revenu national*, *supra*, note 27, p. 282.

183. Le juge Dickson fait appel aux deux arguments dans l'arrêt *Gustavson Drilling* (*supra*, note 27), à la page 282 : « [...] cette présomption s'applique seulement lorsque la loi est d'une quelconque façon ambiguë et logiquement susceptible de deux interprétations. Il est évident que la plupart des lois modifient des droits existants ou y portent atteinte d'une façon ou d'une autre [...] »

184. Par exemple : *Board of Trustees of the Acme Village School District v. Steele-Smith*, *supra*, note 23, p. 60 ; *Zong c. Le Commissaire des pénitenciers*, [1976] 1 C.F. 657 (C.A.F.).

185. Les tribunaux réfèrent tantôt aux « droits existants », tantôt aux « droits acquis ». En général, ils emploient « droits existants » pour désigner les prérogatives qu'ils ont décidé de soumettre à l'effet de la loi nouvelle, et « droits acquis », celles qu'ils entendent, au contraire, placer hors d'atteinte de celle-ci. Nous ne partageons pas la thèse de Louis CÔTÉ (*supra*, note 40), selon laquelle il y aurait une différence de nature entre les « droits acquis » et les « droits existants ». La distinction a, à notre avis, un fondement purement rhétorique.

186. *Supra*, note 21, p. 12, traduction tiré de *R.c. Beaton*, *supra*, note 105, p. 551.

La troisième parade à l'argument fondé sur le principe du maintien des droits acquis consiste à faire valoir le caractère purement procédural de la loi nouvelle : il est en effet reconnu que le principe ne s'applique pas dans ces circonstances ¹⁸⁷.

Les arguments relatifs à la formulation de la loi nouvelle

Le juge argumente aussi bien à partir des silences de la loi nouvelle que de la formulation de ses dispositions. Le silence de la loi quant au sort qui doit être fait aux situations en cours peut être interprété comme militant en faveur de l'application restreinte : le législateur n'ayant pas formellement manifesté l'intention de déroger au principe du maintien des droits acquis, on devrait en déduire sa volonté de les maintenir ¹⁸⁸.

De façon tout-à-fait paradoxale, le silence de la loi est aussi interprété comme justifiant l'application générale. Au nom du principe que le juge ne doit pas établir de distinction là où la loi n'en fait pas, et qu'il doit respecter le sens usuel des mots, on tirera du silence de la loi, quant à l'application générale ou restreinte, la volonté législative de traiter indistinctement les situations créées avant l'entrée en vigueur de la loi et celles qui se créeront après. On dira, par exemple :

Si le législateur avait voulu restreindre l'application de la loi uniquement à certains contrats, ceux conclus après l'entrée en vigueur, il lui était facile de le dire. S'il ne l'a pas fait, c'est qu'il entendait les atteindre tous. Le juge doit respect au sens ordinaire et courant du texte : il ne doit pas ajouter des restrictions que le texte ne contient pas ¹⁸⁹.

Cet argument, souvent invoqué, porte en germe la négation du principe du maintien des droits acquis. Si ce principe a valeur de présomption de l'intention du législateur, le rédacteur d'un texte législatif n'a pas à préciser dans chaque cas que le texte qu'il rédige doit s'appliquer sous réserve du maintien des droits acquis. Le silence de la loi ne saurait s'interpréter comme

187. *Wildman c. la Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, p. 331.

188. Par exemple : *Spooner Oils Ltd. v. The Turner Valley Gas Conservation Board*, note 116, p. 639.

189. Par exemple : *Acme Village School District v. Steele-Smith*, *supra*, note 23, p. 52 (J. Lamont) : « In order to give the section the meaning contended for by the appellant we should have to read into it words which limit its *prima facie* operation and which would make it something different from and smaller than what its terms express. » On verra, dans la même veine : *Metropolitan Toronto and Region Authority*, *supra*, note 113, p. 484 ; *Board of Commissioners of Public Utilities v. Nova Scotia Power Corp.*, *supra*, note 120, p. 80 ; *Customs and Excise Commissioners v. Thorn Electrical Industries Ltd.*, *supra*, note 122, p. 1665.

justifiant l'application générale sans une remise en question de l'existence même de la présomption du maintien des droits acquis ¹⁹⁰.

Il n'y a pas de moyen plus direct de parvenir à l'intention du législateur que le texte même de la loi : on ne s'étonnera pas que le juge scrute la formule légale pour en tirer des arguments. Si une loi contient une disposition expresse concernant son champ d'application, il y a peu de chances qu'elle donne lieu à un procès concernant les droits acquis : le juge se contenterait normalement d'y donner effet ¹⁹¹. En outre, il arrive que de telles dispositions fondent certains raisonnements *a contrario* : l'interdiction expresse de porter atteinte à certains droits autoriserait à conclure que d'autres peuvent être atteints ¹⁹² ; le maintien exprès de certaines situations en cours permettrait de déduire la volonté d'assujettir les autres à la loi nouvelle ¹⁹³.

Le juge puise des arguments non seulement dans les dispositions transitoires ou dans celles qui déterminent le champ d'application de la loi, mais également dans la rédaction, soit des dispositions de fond qu'il s'agit d'appliquer ¹⁹⁴, soit de dispositions voisines ¹⁹⁵.

Les arguments fonctionnels ou relatifs à la finalité du texte

C'est pratique courante, dans l'interprétation des textes législatifs, que de mesurer la valeur d'une interprétation donnée à l'aune de la finalité de la loi. En matière de droits acquis, toutefois, l'argument fonctionnel n'est en fait utilisé que par le juge qui entend justifier l'application générale de la loi et l'atteinte aux droits acquis. Il prend alors deux formes bien distinctes : soit que le juge insiste sur le fait que la loi réparatrice doit recevoir une application large, soit qu'il argue à partir de l'objectif d'uniformité qui serait poursuivi par le législateur.

190. Dans ce sens : *Martin c. Perrie*, *supra*, note 35, p. 51.

191. On verra : *MacLean c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 C.F. 163 ainsi que *Apple Meadows Ltd. v. Government of Manitoba*, *supra*, note 121.

192. *Dalton v. Canadian Human Rights Commission*, *supra*, note 97, p. 563.

193. *Commander Nickel Copper Mines v. Zulapa Mining Corp.*, *supra*, note 167, p. 392 ; *Zong c. Le Commissaire des pénitenciers*, *supra*, note 184, p. 675 ; *Procureur général du Québec c. Carrières Landreville Inc.*, *supra*, note 127, p. 1025 ; *Lemyre c. Trudel*, [1979] 2 C.F. 362 (C.A.F.) ; *La Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Venne*, C.S.C., le 20 avril 1989.

194. Par exemple : *Customs and Excise Commissioners v. Thorn Electrical Industries Ltd.*, *supra*, note 122 ; *Construction du St-Laurent c. Procureur général du Québec*, *supra*, note 126.

195. Par exemple : *Nadeau v. Cook*, *supra*, note 103.

La loi nouvelle est réputée meilleure que l'ancienne : elle « est réputée avoir pour objet de remédier à quelques abus ou de procurer quelque avantage »¹⁹⁶. Quoi de plus naturel pour le juge qui a entrepris de justifier l'application générale de la loi nouvelle que de faire appel au caractère réparateur de la loi pour faire valoir l'opportunité de lui reconnaître la portée la plus large possible. Ne serait-ce pas priver la loi de son effet que de laisser, au nom du respect des droits acquis, subsister un abus qu'elle avait pour but de réprimer ou de reporter à plus tard le bénéfice qu'elle avait pour but de procurer ?

Bien compréhensible et fort répandu¹⁹⁷, cet argument conteste radicalement le fondement même du principe du maintien des droits acquis. Toutes les lois étant réputées réparatrices, elles devraient donc toutes s'appliquer sans égard pour les droits acquis¹⁹⁸.

L'autre argument fonctionnel consiste à souligner l'incompatibilité de l'application restreinte de la loi nouvelle avec un objectif d'uniformisation des situations poursuivi par le législateur. On cherchera, par exemple, à convaincre que l'intervention du législateur visait à instaurer, dans un domaine donné, une réglementation unique, une espèce de code complet et applicable de manière uniforme à tous les sujets de droit¹⁹⁹ ou encore que c'est l'absence de règles applicables de manière uniforme dans une matière donnée qui a amené le législateur à intervenir et qu'il faut en conséquence donner à la loi nouvelle une application générale²⁰⁰.

196. *Loi d'interprétation* du Québec, art. 41. Dans le même sens, l'article 11 (a. 12 dans les L.R.C. 1985) de la *Loi d'interprétation* du Canada.

197. Par exemple : *Board of Trustees of the Acme Village School District v. Steele-Smith*, *supra*, note 23, p. 51-52, 59 ; *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation*, *supra*, note 2, p. 745 ; *Board of Commissioners of Public Utilities v. Nova Scotia Power Corp.*, *supra*, note 120, p. 83.

198. Dans ce sens : *Ishida v. Itterman*, [1975] 2 W.W.R. 142, p. 146 (B.C. S.C. ; j. Fulton) : « Nor can the matter be determined by consideration of whether [...] the legislation is remedial in the general sense of being designed for the benefit of the public or to cure a general evil. It must be presumed that all legislation is intended to be for the public good : but to hold that for this reason it should be given retroactive effect as extinguishing the right to maintain an action already commenced when it was passed would, surely, be to strike down the principle which the law has carefully and clearly asserted over the years in applying statutes which take away rights. »

199. Par exemple : *Board of Trustees of the Acme School District v. Steele-Smith*, *supra*, note 23, p. 57 ; *Hôpital Bellechasse c. Pilote*, *supra*, note 99, p. 460-461 ; *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation*, *supra*, note 2, p. 746-747.

200. Par exemple : *Board of Commissioners of Public Utilities v. Nova Scotia Power Corp.*, *supra*, note 120, p. 83 ; *Apple Meadows Ltd. v. Government of Manitoba*, *supra*, note 121, p. 61-62 ; *Re Metropolitan Toronto and Region Conservation Authority*, *supra*, note 113, p. 485.

Ces arguments, dans la mesure où ils soulignent les méfaits, dans certaines matières, de l'absence d'uniformité, pourraient aussi être classés parmi les arguments pragmatiques, c'est-à-dire parmi ces arguments qui font reposer le choix de l'interprétation sur son utilité pratique, sur les avantages qu'elle procure ou les désavantages qu'elle évite.

Les arguments pragmatiques

Le postulat de la rationalité du législateur permet au juge d'évaluer la justesse d'une interprétation donnée en considérant les conséquences pratiques plus ou moins raisonnables ou équitables que celle-ci entraînera. Le « bon législateur » est censé, entre deux interprétations données, accorder sa préférence à celle qui réduit les coûts associés à l'application de la loi ou qui en accroît les avantages.

On peut distinguer les arguments pragmatiques ou « conséquentialistes » selon qu'ils sont invoqués pour justifier l'application restreinte de la loi ou son application générale.

L'argumentation en faveur de l'application restreinte de la loi nouvelle fait largement appel à l'argument *ab inconvenienti*, c'est-à-dire que le juge met en relief, soit les inconvénients qui découleraient de l'application générale, soit l'absence d'inconvénients liés à celle-ci. Parmi les inconvénients de l'application générale, il pourra faire valoir le préjudice qu'elle causerait au sujet de droit²⁰¹ et l'injustice qu'il y aurait à tromper ses prévisions²⁰². Il cherchera aussi à montrer que l'intérêt social ne serait pas compromis par la reconnaissance de droits acquis et par la survie de la loi ancienne qui en découlerait²⁰³.

Pour justifier, au contraire, l'application générale, il est de bonne guerre, comme on vient de le voir, de souligner les vertus de la loi nouvelle et de plaider pour que sa prise d'effet ne soit pas indûment reportée à plus tard, ce qui aurait pour conséquence la persistance du mal auquel elle porte remède. Le juge pourra, si les circonstances s'y prêtent, faire valoir que le sujet de droit

201. Par exemple : le juge Pigeon, pour justifier l'application restreinte d'un texte nouveau, a fait valoir les « conséquences graves » que l'application générale aurait eu pour le particulier (*Jones et Maheux c. Gamache*, *supra*, note 69, p. 127) ou le fait que l'application générale aurait entraîné « la déchéance complète (d'un) droit précieux » (*Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. le ministre du Revenu national*, *supra*, note 27, p. 288).

202. Par exemple : *In re Kleifges*, *supra*, note 106, p. 735 ; *Haines v. Attorney General of Canada*, (1979) 32 N.R.S. (2d) 276, p. 284 (N.S. P.C.).

203. Par exemple : *Beaulieu c. Le Barreau de la Province de Québec*, [1974] C.S. 636 ; *Les Constructions du St-Laurent c. Le Procureur général de la Province de Québec*, *supra*, note 126, p. 637.

pourra se plier sans difficulté aux exigences de la loi nouvelle²⁰⁴. C'est d'ailleurs essentiellement sur des considérations de cette nature que repose le principe de l'effet général des lois de pure procédure²⁰⁵.

Même dans l'hypothèse où l'application de la loi nouvelle cause préjudice au sujet de droit, il pourra lui être fait le reproche de n'avoir pas pris les moyens à sa disposition pour éviter que ses intérêts soient lésés : *volenti non fit injuria*. Une certaine jurisprudence affirme en effet que l'existence d'un délai entre la sanction et l'entrée en vigueur de la loi fait présumer l'application générale de celle-ci²⁰⁶. En différant le moment de prise d'effet de la loi, le législateur donnerait ainsi l'occasion à ceux dont les intérêts seraient lésés par la loi nouvelle de prendre, dans l'intervalle entre l'adoption et l'entrée en vigueur, des mesures propres à écarter tout préjudice. Par exemple, dans l'arrêt *Board of Trustees of the Acme Village v. Steele-Smith*²⁰⁷, la loi nouvelle restreignait le pouvoir d'une commission scolaire de congédier ses enseignants. Cette loi, votée le 28 mars 1931, ne devait toutefois prendre effet que le 1^{er} juillet de la même année. Le juge Crocket souligna, à la page 60, que la Commission scolaire avait eu, dans l'intervalle entre le 28 mars et le 1^{er} juillet, la possibilité d'échapper à l'application de la loi en procédant alors au congédiement de l'intimé Steele-Smith. Si l'application générale causait préjudice à l'employeur, celui-ci n'avait donc à s'en prendre à sa propre négligence²⁰⁸.

La survie de la loi ancienne a pour effet de rompre l'uniformité des situations juridiques. Deux personnes, placées dans la même situation, sont susceptibles de se trouver régies par deux lois différentes tout simplement parce que leur situation juridique ne s'est pas constituée au même moment. Cette diversité peut entraîner des problèmes. La gestion publique, par

204. Par exemple : *Richstone Bakeries Inc. c. Carroll*, *supra*, note 137, p. 365.

205. « L'application de la loi de procédure nouvelle ne risque pas de compromettre les intérêts des plaideurs, puisqu'elle ne touche qu'aux moyens mis à leur disposition pour faire reconnaître leurs droits, et non à leurs droits eux-mêmes. » Henri et Léon MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 1967, n° 179, p. 152.

206. Cet argument a été exposé et discuté par la Cour suprême dans *R. c. Ali* (*supra*, note 178). La cour a jugé qu'il ne devait pas être retenu dans les circonstances, et que la règle voulant que l'existence d'un délai entre l'adoption et l'entrée en vigueur de la loi fasse présumer l'application générale ou « rétroactive » ne devait pas être considérée « comme une règle d'interprétation bien établie » (p. 243).

207. *Supra*, note 23.

208. La possibilité qu'avait le justiciable de se prémunir contre les effets défavorables de l'application générale d'une loi a aussi été évoquée dans *Customs and Excise Commissioners v. Thorn Electrical Industries Ltd.*, *supra*, note 122, p. 1671, p. 1673.

exemple, peut s'en trouver compliquée. Il est arrivé qu'un juge tire argument de ces coûts associés à la diversité ²⁰⁹.

Il n'existe pas comme tel de principe général voulant que les droits acquis doivent céder le pas devant une règle d'ordre public. Toutefois, il arrive au juge d'invoquer, parmi d'autres arguments, le risque que la survie ferait courir à des « intérêts collectifs » ²¹⁰, aux « droits ou intérêts de toute la population » ²¹¹, ou encore à l'« ordre public » ²¹².

Si une partie a fait valoir que l'application générale de la loi nouvelle compromettrait gravement ses intérêts, c'est une parade tout indiquée, lorsque les circonstances le permettent, que de rappeler que le rôle du juge se limite à l'application de la loi : *Dura lex, sed lex* ! Si le texte clair de la loi conduit à des injustices, le justiciable n'aurait alors d'autre recours que celui de s'adresser au législateur. ²¹³

Ce bref aperçu de l'argumentation qui se développe autour de l'existence des droits acquis et de l'application de la présomption du maintien de ces droits permet de prendre conscience de la liberté dont le juge peut disposer lorsqu'il est saisi d'un recours concernant l'application générale ou restreinte de la loi nouvelle. Dans cet arsenal d'arguments, le chercheur trouve à boire et à manger ; il rencontre tout, ou presque, et son contraire. Ainsi, certains arguments très usités portent en germe la négation du principe même que le juge est censé appliquer. Force est alors de dépasser cette rhétorique si l'on souhaite chercher à comprendre mieux ce qui peut influencer sur les choix que l'indétermination du droit contraint le juge à effectuer.

3.2.3. La politique jurisprudentielle des droits acquis

En matière d'application générale ou restreinte de la loi nouvelle, l'imprécision de la notion même de droit acquis et la fragilité de la présomption du maintien des droits acquis apparaissent absolument incompatibles avec l'image, inspirée de la doctrine de la séparation des pouvoirs, selon laquelle le juge ne serait que « la bouche qui prononce les paroles de la loi. » En cette

209. *Board of Trustees of the Acme Village School District v. Steele-Smith*, *supra*, note 23, p. 79.

210. *Ville de Québec c. Magasin Talbot Inc.*, *supra*, note 139, p. 386.

211. *Board of Trustees of the Acme Village School District v. Steele-Smith*, *supra*, note 23, p. 79 (traduction).

212. *Richstone Bakeries Inc. c. Lovell*, *supra*, note 138, p. 366.

213. Par exemple : *Harding v. Schulha*, *supra*, note 103, p. 606 ; *Apple Meadows Limited v. The Government of Manitoba*, *supra*, note 121, p. 64.

matière, comme dans toutes les autres²¹⁴, juger, c'est bien souvent choisir entre diverses solutions également justifiables en droit.

Rendre compte des motifs de ces choix s'avère d'autant plus délicat que la représentation classique de la fonction de juger tend à occulter, ou à rendre peu perceptibles, la réalité du choix et, par voie de conséquence, les motifs qui l'inspirent. Les éléments de la politique ne sont pas nécessairement exprimés. Si le juge les expose, il le fera souvent de manière telle qu'il apparaisse que ces motifs ne sont pas les siens propres mais plutôt ceux du « bon législateur » dont il a mission de découvrir l'intention. La politique jurisprudentielle doit parfois se déduire de certaines régularités dans l'action, régularités dont le discours judiciaire ne laisse même pas soupçonner l'existence.

C'est donc en toute conscience des périls et des limites de cette entreprise que nous livrerons ici quelques réflexions sur les éléments qui paraissent influencer de façon plus ou moins déterminante sur les décisions de justice en matière de droits acquis. Ces éléments peuvent se distinguer selon qu'ils sont relatifs aux personnes en cause (3.2.3.1) ou aux circonstances du litige (3.2.3.2).

3.2.3.1. Les personnes

Un juge plus ou moins sympathique à une idée. Une partie plus ou moins sympathique au juge. Sans verser dans le potin, on ne saurait négliger l'influence de l'élément personnel dans la décision de justice.

La personnalité du juge n'est évidemment pas indifférente. Derrière les affaires de droits acquis se profilent en effet plusieurs questions fondamentales dont la solution engage toute la personnalité du juge, non pas seulement son intellect, et qui exigent de sa part un jugement de valeur. Faut-il privilégier la stabilité ou le changement ? L'uniformité ou la diversité des situations ? L'autorité de la loi ou la liberté de l'individu ? Quels sacrifices est-il raisonnable d'exiger des particuliers au nom du bien commun ? Dans quelle mesure faut-il admettre que l'exercice de la volonté individuelle fasse échec à l'application de la loi ?

Les désaccords sur les réponses à donner à des questions de cette nature se reflètent dans la jurisprudence. Par exemple, dans l'arrêt *Gustavson Drilling*²¹⁵, une fois faite la part de la rhétorique, c'est bien une différence

214. Sur le pouvoir créateur du juge en droit constitutionnel, on verra : Pierre CARIGNAN, « De l'exégèse et de la création dans l'interprétation judiciaire des lois constitutionnelles », (1986) 20 *R.J.T.* 27.

215. *Supra*, note 27.

philosophique qui paraît opposer l'opinion majoritaire du juge Dickson, qui écrit, à la page 283, qu'il « est impérieux que le législateur fiscale reflète l'évolution des besoins sociaux et de l'attitude du gouvernement », et l'opinion dissidente du juge Pigeon, toute orientée vers la protection des prévisions du contribuable et des « droits précieux à valeur permanente » qu'il a pu acquérir sous la loi ancienne.

Dans les affaires relatives au contrôle des armes à feu, doit-on imputer au seul hasard le fait que les tribunaux des provinces ont vu des droits acquis²¹⁶ là où les juges de la Cour fédérale n'en ont pas trouvé²¹⁷? On ne peut, évidemment, compte tenu du petit nombre de décisions en cause, répondre avec assurance à cette question. Tout au plus est-on autorisé à poser l'hypothèse que, par leur recrutement et le type d'affaires qu'ils sont tous les jours appelés à entendre et qui les amène à fréquenter l'Administration, les juges de la Cour fédérale ont pu développer, sur une question comme celle du maintien des droits acquis, une sensibilité particulière, notamment, une plus grande prédisposition à admettre l'application générale de la loi nouvelle²¹⁸.

Encore plus difficile à déceler que les jugements de valeur sont les liens de sympathie ou d'antipathie qui peuvent se tisser entre le juge et les parties ou leurs représentants. Ces éléments transparaîtraient-ils trop ouvertement dans les motifs que l'image d'une justice impartiale s'en trouverait durement atteinte. Pourtant, il arrive que le discours révèle ces facteurs. Par exemple, dans le contentieux relatif au contrôle des armes à feu, les justiciables qui ont eu gain de cause et à qui, l'on a reconnu un droit acquis ont été présentés comme d'honnêtes citoyens, collectionneurs d'armes, qui ont agi de bonne foi et se sont en tout point conformés à la loi²¹⁹. Au contraire, dans les deux décisions de division de première instance de la Cour fédérale, où l'on refuse de sanctionner l'existence de droits acquis, les requérants, qui ont tous deux agi en justice sans procureur, sont présentés sous un jour négatif. Martinoff apparaît comme un personnage prétentieux et querelleur²²⁰. Quant à Lemyre, sa demande de permis avait, avant l'abrogation de la loi, fait l'objet d'un avis défavorable des autorités policières²²¹.

216. Voir les arrêts cités à la note 134.

217. Voir les décisions citées à la note 135.

218. On doit rappeler ici que, depuis le début des années 1970, les juges de la Cour fédérale, dans leur ensemble, se sont ralliés à la distinction entre le principe de la non-rétroactivité de la loi et le principe du maintien de droits acquis, alors que cela est bien loin d'être chose faite dans le cas des tribunaux des provinces (voir plus haut, les notes 24 à 33 et le texte correspondant). Or, cette distinction, comme on l'a vu, facilite la justification de l'application générale, en écartant le stigmate de la rétroactivité.

219. Voir les arrêts cités à la note 134.

220. *Martinoff c. Gossen*, *supra*, note 135.

221. *Lemyre c. Trudel*, *supra*, note 135.

Dans l'affaire *Kleifges*²²², le tribunal a reconnu un droit acquis dans des circonstances où le sujet de droit, candidat à la citoyenneté canadienne, n'avait posé aucun geste précis pour se prévaloir de la loi ancienne. Le juge Walsh ne cache pas, à la page 742 du jugement, la sympathie que lui inspire la personne même du requérant :

Je suis d'avis que dans le cas du requérant qui ferait de toute évidence un excellent citoyen, les dispositions de la Loi doivent être interprétées libéralement, plutôt que d'une façon étroite ou restrictive, de sorte qu'il soit possible de lui accorder la citoyenneté.

Il semble que les tribunaux canadiens ne soient pas disposés à reconnaître un droit acquis à l'Administration au détriment des intérêts d'un administré. La Cour suprême a ainsi dénié à une administration scolaire²²³, à une administration hospitalière²²⁴ et à une administration gouvernementale²²⁵ le droit de continuer à se prévaloir d'une loi ancienne moins favorable à l'administré²²⁶. Ce principe, affirmé nulle part comme tel, mais qui semble se dégager de la pratique jurisprudentielle, doit être rapproché du principe constitutionnel qui reconnaît à l'accusé le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère »²²⁷. Dans les rapports Administration-administré, lorsque se pose la question de l'application générale ou restreinte de la loi nouvelle, il semblerait donc que l'administré jouisse du droit de se prévaloir de la loi la plus favorable. Ce principe non écrit se trouverait d'ailleurs en parfait accord avec l'individualisme et le libéralisme qui ont présidé à l'établissement de la règle du maintien des droits acquis.

3.2.3.2. Les circonstances

Le juge est censé appliquer la loi et suivre la jurisprudence. Toutefois, ces éléments, à eux seuls, ne permettent pas de rendre compte des choix effectivement faits par les tribunaux. Ceux-ci paraissent en effet se livrer à une pondération des intérêts en cause et à procéder par une méthode de bilan, l'intérêt particulier qui risque d'être compromis par l'application générale étant mis en balance avec l'intérêt social que la survie de la loi ancienne peut affecter.

222. *Supra*, note 106.

223. *Board of Trustees of the Acme Village School District v. Steele-Smith*, *supra*, note 23.

224. *Hôpital Bellechasse c. Pilote*, *supra*, note 99.

225. *Procureur général du Québec c. Le Tribunal de l'expropriation*, *supra*, note 112.

226. La décision dans *Metropolitan Toronto and Region Conservation Authority v. Municipality of Metropolitan Toronto* (*supra*, note 114) semble faire exception. Toutefois, il semble bien que les administrés, dans ce cas d'espèce, avaient renoncé à se prévaloir de la loi nouvelle. En reconnaissant un droit acquis à l'une des parties, le juge ne portait donc pas, en fait, atteinte aux intérêts d'un administré.

227. *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11(i).

La loi et la jurisprudence

On aurait tort de sous-estimer l'influence de la loi et de la jurisprudence sur la décision du juge en matière de droits acquis. Il faut cependant relativiser ces facteurs, car il n'y a pas de loi qui puisse contraindre un juge à rendre une décision qu'il estime, au nom de l'équité, ne pas devoir rendre, et il n'y a pas de précédent qui ne soit pas susceptible de *distinguishing*.

En ce qui concerne la loi, elle est le plus souvent, dans les cas qui sont portés devant les tribunaux, silencieuse sur son applicabilité à l'égard des situations en cours. Lorsqu'elle contient des dispositions expresses sur ce sujet, ces dispositions sont elles-mêmes soumises à l'interprétation. Ainsi, dans l'arrêt *Gustavson Drilling*²²⁸, il s'agissait d'une modification à la loi fiscale et, comme c'est l'usage dans ce domaine, la loi modificatrice prévoyait expressément l'application de la loi modifiée aux années d'imposition 1962 et suivantes. La majorité, qui favorisait l'application générale de la loi nouvelle, ne manqua pas de faire valoir que la survie de la loi ancienne après 1962 aurait fait violence au texte²²⁹. Le juge Pigeon, qui rédigea l'opinion dissidente, et qui était connu comme un magistrat particulièrement soucieux du respect du sens littéral des textes, dû admettre que la formule légale appuyait la thèse contraire à celle qu'il entendait justifier dans les circonstances²³⁰. Mais il estimait aussi que l'application de la loi au cas d'espèce ne constituait « rien de moins qu'une confiscation entièrement injustifiée de droits précieux » (p. 290). Il sût donc trouver dans le caractère particulier des déductions fiscales en cause un motif d'interpréter le texte limitativement de sorte qu'il ne s'applique pas dans l'espèce.

En ce qui concerne la jurisprudence, bien qu'elle puisse inciter le juge à préférer une solution à une autre et donc servir d'explication au moins partielle des décisions de justice en matière de droits acquis, la contrainte qu'elle exerce se révèle encore plus douce que celle qui découle de la loi. Par la technique du *distinguishing*, le juge montera en épingle les éléments du cas dont il est saisi qui en font un cas à part, différent de celui invoqué comme précédent²³¹.

228. *Supra*, note 27.

229. «...il n'en demeure pas moins que la loi dans sa forme modifiée est claire et précise.» (J. Dickson, p. 282).

230. « La disposition visant l'application de la loi modificatrice de 1962 prévoit que le paragraphe en question s'appliquera aux années d'imposition 1962 et suivantes. Selon le Ministre, cela signifie que les cotisations pour ces années là doivent s'effectuer en conformité du droit modifié par la nouvelle loi. *Je ne nie pas que ce soit ordinairement l'effet d'un texte législatif ainsi libellé.* » (p. 289) (nous avons souligné).

231. On verra, à titre d'exemple : *Falconbridge Nickel Mines v. Ontario Minister of Revenue*, *supra*, note 125, p. 412 : « While I would be prepared to accept that in other circumstances

En un mot, le juge peut voir sa discrétion limitée par la loi ou par la jurisprudence, mais il ne limite généralement pas à la loi et à la jurisprudence le cercle des facteurs qu'il prend en compte²³². En particulier, il cherche aussi à réaliser un juste équilibre entre des exigences d'équité à l'égard des sujets de droit et l'intérêt social dont la loi est censée être l'expression.

La pondération des intérêts

Le silence de la loi, l'imprécision de la notion de droit acquis et la faiblesse de la présomption du maintien de ces droits contribuent à placer le juge en position de législateur, prenant une décision pour des motifs d'opportunité, tenu de penser le pour et le contre, de comparer les avantages et les désavantages des solutions qui s'offrent à lui. Deux préoccupations difficiles à concilier semblent présider aux délibérations du juge : il cherche à éviter, d'une part, que le particulier ne subisse une injustice du fait de l'application générale de la loi nouvelle et à éviter, d'autre part, que l'intérêt social ne soit indûment compromis du fait de la survie de la loi ancienne.

— La protection des intérêts individuels

Les juges anglais²³³ ou canadiens²³⁴ ne cachent absolument pas leur souci de faire prévaloir, si le texte de loi ne s'y oppose pas, la solution qui permettra d'éviter qu'un sujet de droit ne subisse une injustice. Dans l'appréciation du caractère injuste de l'application de la loi, on peut distinguer trois

there might well be some force in such argument, I have nevertheless concluded that it cannot prevail in the unusual circumstances in which the appellant found himself [...] neither counsel was able to refer us to any case in which such a provision was considered or applied in a situation comparable to this. » (J. Thorson) (nous avons souligné).

232. « While the courts are no longer confined to the language, they are still confined by it. » Felix FRANKFURTER, « Some Reflexions on the Reading of Statutes », (1947) 47 *Columbia L. Rev.* 527, p. 543.

233. « I am glad to be able to come to a conclusion which avoids an injustice. » *Gell v. White*, *supra*, note 152, p. 426 (J. Banks); « Their Lordships cannot but feel a considerable sympathy for the unfortunate respondent, who [...] has so far received nothing whatever in respect of the damage which he suffered... Their Lordships would indeed be sorry if they were compelled to hold that the terms of the Ceylon legislation were such as to deprive the respondent in the present case of any right to claim against the respondent; » *Free Lanka Insurance v. Ranasinghe*, *supra*, note 150, p. 550-551 (Lord Evershed).

234. « En ayant à l'esprit la présomption contre la rétroactivité, peut-on interpréter la loi présentement en cause de façon à éviter ce résultat injuste ? » *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Le ministre du Revenu national*, *supra*, note 27, p. 289 (J. Pigeon); « Je crois que [l'appellant] avait ce droit et que ce serait commettre une injustice manifeste que de le lui enlever [...] » *In re Kleifges*, *supra*, note 106, p. 740 (J. Walsh).

éléments qui semblent particulièrement influents : la légitimité des attentes du justiciable ; l'ampleur du préjudice qu'il subirait du fait de la remise en cause des prévisions ; la nature du droit qu'il invoque.

S'il apparaît qu'une personne a, par une action délibérée, réglé sa conduite sur le droit, le respect dû à la volonté conduit à considérer injuste que cette personne soit frustrée des avantages qu'elle comptait tirer de son action ou qu'on lui impose des charges qu'il n'avait pas prévu encourir du fait de cette action. Le juge qui entend justifier l'application restreinte arguera d'ailleurs que le justiciable avait conçu des attentes sur le fondement de la loi ancienne ²³⁵ tandis que celui qui entend favoriser l'application générale tirera argument du fait que le justiciable a eu la faculté d'ordonner sa conduite en toute connaissance de la loi nouvelle ²³⁶.

Si l'existence d'une attente se double de la confiance légitime dans la stabilité du droit, il y a alors raison de plus de restreindre l'application de la loi. Voilà qui explique sans doute en partie pourquoi il apparaît assez facile de faire considérer des droits contractuels comme des droits acquis : le contrat constitue l'acte de prévision par excellence et celui qui fait un contrat est en droit de s'attendre à ce que l'équilibre des prestations ne soit pas rompu par l'irruption d'une loi dans des relations contractuelles légalement établies.

Dans les matières extra-contractuelles, les circonstances seules permettent de juger si le législateur avait donné aux sujets de droit des motifs de croire que la loi ne serait pas modifiée. Ce serait vraisemblablement le cas lorsqu'un justiciable a ordonné ses affaires de manière à se prévaloir d'une mesure législative de caractère incitatif dont les avantages sont échelonnés dans le temps. Si la loi encourage à poser aujourd'hui un acte en promettant un traitement favorable dans l'avenir, il y a là, matière à penser que le droit ne sera pas modifié de façon à faire perdre les avantages promis ²³⁷.

235. Par exemple : *In re Kleifges*, *supra*, note 106, p. 735.

236. Par exemple : *Zong c. Le commissaire des pénitenciers*, *supra*, note 26, p. 674.

237. On verra, à ce sujet : *Gustavson Drilling 1964) Ltd. c. Le ministre du Revenu national*, *supra*, note 27 et *Apple Meadows Ltd. c. Government of Manitoba*, *supra*, note 121. Ces deux arrêts ont plusieurs points communs : il s'agit dans les deux cas de changements dans des mesures législatives à caractère incitatif ; dans les deux cas, la loi semblait décréter clairement l'application générale de la modification mais les entreprises dont les intérêts étaient atteints ont quand même porté l'affaire devant les tribunaux, sans doute dans l'espoir, d'ailleurs déçu, d'obtenir une décision d'équité ; dans *Gustavson Drilling*, il est question d'une promesse de traitement privilégié que le Parlement canadien aurait faite aux compagnies pétrolières tandis que dans *Apple Meadows*, les avocats des promoteurs immobiliers, dont les calculs de rentabilité ont été trompés par les changements au régime d'exemption du contrôle des loyers, ont fait valoir que la Législature avait passé avec eux un « contrat unilatéral ».

On notera enfin que le caractère annuel de l'impôt sur le revenu, la fréquence avec laquelle les lois fiscales sont modifiées et la pratique d'y inscrire des dispositions de survie (*grandfather clauses*) constituent autant de bonnes raisons de croire qu'en l'absence de telles dispositions, le contribuable aura beaucoup de peine à faire admettre que la modification de la loi a trompé la confiance légitime qu'il avait mise dans la stabilité du droit.²³⁸

L'attente légitime ne sera cependant protégée que si elle a connu un début de réalisation. Cela s'explique au plan fonctionnel d'au moins deux façons. D'abord, protéger l'attente qui ne se serait pas manifestée par un début de réalisation poserait des problèmes de preuve souvent insurmontables. Ensuite, on ne cause généralement pas de préjudice important en appliquant une loi de manière à contrecarrer une idée qui n'a pas commencé à se concrétiser. Par contre, plus une attente s'est traduite par des actes concrets, plus grande sont les chances que l'application *ex abrupto* de la loi nouvelle entraîne un préjudice. Plus grand le préjudice subi par le sujet de droit du fait de l'application de la loi, plus grand sera donc le sentiment d'une injustice à son endroit.

Il faut remarquer enfin que, dans l'appréciation de l'injustice envers le sujet de droit, les juges paraissent sensibles à la nature du droit revendiqué. S'il s'agit d'un droit de type classique, fondé sur la *common law*, tirant sa source d'un contrat ou lié à la propriété²³⁹, les tribunaux jugeront plus sévèrement l'application immédiate que dans l'hypothèse où la prérogative en cause tire sa source de la loi seule²⁴⁰.

Soucieux de la protection des intérêts individuels, les juges canadiens manifestent également le souci d'éviter que l'application restreinte de la loi nouvelle ne mette indûment en cause l'intérêt social.

238. C'est ce que semble laisser entendre le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Gustavson Drilling*, *supra*, note 27, p. 282-283.

239. La façon dont le juge en chef Dickson énonce le principe du maintien des droits acquis dans *Gustavson Drilling*, *supra*, note 27, p. 282, semble d'ailleurs en restreindre la portée aux seuls droits réels ou personnels sanctionnés par la *common law* : « The rule is that a statute should not be given a construction that would impair existing rights as regards person or property unless the language in which it is couched requires such a construction. » (nous avons souligné).

240. On verra : *Lemyre c. Trudel*, *supra*, note 135, p. 457 et *Board of Commissioners of Public Utilities v. Nova Scotia Power Corp.*, *supra*, note 120, p. 83. Dans *Board of Trustees of the Acme Village School District v. Steele-Smith*, *supra*, note 98, le fait que le contrat de l'instituteur avait le caractère d'un contrat d'adhésion, dont les termes étaient dictés par le Ministre, fut invoqué pour étayer la thèse de l'application générale. Aux yeux du juge, il paraissait sans doute moins injuste de porter atteinte aux effets d'un contrat dans l'hypothèse où les termes de celui-ci ne découlaient pas du libre consentement des parties.

— La promotion de l'intérêt social

La loi nouvelle poursuit des objectifs auxquels, dans leur ensemble et de façon générale, les tribunaux souscrivent. Ils conçoivent leur mission comme d'appliquer la loi, de voir à ce que ses prescriptions s'accomplissent. La reconnaissance de droits acquis fait obstacle, de manière plus ou moins importante, à l'application de la loi nouvelle. Se posent alors au juge deux questions : le caractère de la loi nouvelle ne s'oppose-t-il pas à son application restreinte ? La reconnaissance d'un droit acquis dans le cas d'espèce peut-elle se concilier avec l'obligation du juge d'assurer l'effet utile de la loi nouvelle ?

La notion de loi d'ordre public n'est pas usitée dans le contentieux des droits acquis. Il n'empêche que nombre de décisions ne peuvent s'expliquer que par l'idée que certaines lois ne peuvent souffrir d'exception dans leur application sans compromettre gravement l'intérêt social. Certaines lois apparaissent d'ordre public, et non susceptibles d'application restreinte, en raison de la matière dont elles traitent. Se rangent dans cette catégorie les lois qui intéressent la santé²⁴¹ ou la sécurité publique²⁴², ou encore celles qui répriment des comportements sociaux jugés inacceptables, comme les comportements discriminatoires²⁴³. D'autres lois seront jugées d'ordre public en raison de l'impossibilité de les appliquer de façon restreinte, et donc partielle, sans compromettre gravement leur efficacité. Il s'agit de savoir si la diversité de statut qui découle de l'application restreinte de la loi nouvelle ne prive pas la loi de l'effet voulu par son auteur²⁴⁴.

Même dans l'hypothèse où le tribunal n'estime pas que la loi nouvelle est d'ordre public et donc insusceptible d'exceptions, il doit affronter le problème de l'ampleur des exceptions qu'on peut y apporter sans compromettre indûment son effet. L'exigence jurisprudentielle que celui qui réclame l'application restreinte de la loi doit établir le caractère singulier ou particularisé de sa situation juridique s'inspire en partie de la volonté d'assurer à la loi nouvelle un effet utile. Plus large est le cercle de ceux qui pourraient revendiquer des droits acquis à l'encontre d'une loi, et plus limité sera l'effet de la loi nouvelle. On doit même supposer que, toutes choses égales par ailleurs, un droit de nature temporaire a plus de chance d'être considéré comme intangible qu'un droit de nature perpétuelle.

241. Par exemple : *Richstone Bakeries Inc. c. Carroll*, *supra*, note 138.

242. Par exemple : *Toronto v. Shields*, *supra*, note 137.

243. Par exemple : *Bell Canada v. Palmer*, *supra*, note 95 ; *Attorney-General for Alberta v. Gares*, *supra*, note 96 ; *Dalton v. Canadian Human Rights Commission*, *supra*, note 97.

244. Par exemple : *Board of Commissioners of Public Utilities v. Nova Scotia Power Corp.*, *supra*, note 120, p. 83 (« Regulation of rates compels regulation of all rates. »).

Voilà pourquoi le juge hésitera davantage à reconnaître des droits acquis en matière extra-contractuelle qu'en matière contractuelle. En matière contractuelle, en règle générale, le juge est à même de concevoir, de façon relativement précise, l'ampleur de l'exception qui sera faite au champ d'application de la loi nouvelle et le contrat à exécution continue possède le plus souvent une portée limitée dans le temps. En matière légale, par contre, la portée de l'exception est beaucoup plus difficile à établir. On peut supposer que le justiciable aura d'autant plus de chance de se voir reconnaître des droits acquis qu'il saura convaincre le juge que la situation dans laquelle il se trouve est hors du commun, et qu'il la partage tout au plus avec un petit nombre d'individus.

Conclusion

De ce matériau jurisprudentiel touffu et divers, plein de contradictions et d'incertitudes, où l'on arrive souvent mal à séparer ce qui relève des vraies raisons de ce qui n'est que rationalisation conventionnelle, quels enseignements tirer ?

La meilleure connaissance de cette jurisprudence devrait d'abord sensibiliser ceux qui ont tâche de rédiger les textes législatifs au fait que leur silence sur la question de l'application générale ou restreinte de la loi nouvelle équivaut en pratique à une décision de s'en remettre à une directive, la présomption du maintien des droits acquis, dont on ne peut indiquer de façon précise ni les circonstances où elle doit s'appliquer, ni l'autorité qu'on doit lui reconnaître dans les cas d'espèce. Décider, par le silence, de ne pas décider et de passer la main au juge, n'a rien en soi de répréhensible. Il est sans doute des questions dont la solution gagnerait à être remise à plus tard, des problèmes qui seront sans doute mieux posés et mieux résolus au stade de l'application de la loi qu'à celui de son élaboration. Encore faudrait-il, cependant, que cette décision de ne pas décider soit effectivement prise (non qu'elle résulte simplement du défaut d'envisager les problèmes d'application dans le temps) et qu'elle le soit en toute conscience des coûts d'incertitude que l'imprécision du régime de droit commun fait peser sur les relations juridiques.²⁴⁵

Cette jurisprudence contient aussi plusieurs éléments susceptibles d'éclairer les légistes sur les circonstances où risquent de se poser des problèmes d'application générale ou restreinte de la loi. Elle leur indique également quel genre de considérations les tribunaux ont à l'esprit lorsqu'ils tranchent des litiges de cette nature : ces considérations (respect des prévisions ; préjudice

245. Sur les coûts d'incertitude associés au recours aux notions floues, on verra : Ejan MACKAAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », (1979) 53 *Langages* 33.

causé au sujet de droit ; coût de la diversité ; singularité de la situation ; ordre public ; etc.) ne sont pas éloignées de celles que les rédacteurs devraient avoir à l'esprit au moment de l'élaboration des dispositions transitoires.

Quant à ceux qui conseillent les justiciables et qui, éventuellement, les représenteront devant les tribunaux, l'examen du contentieux des droits acquis devrait les convaincre que, sans négliger les arguments usuels que l'on peut, de manière ingénieuse et parfois contradictoire, puiser dans la loi ou la jurisprudence, ils ont intérêt à examiner le problème de l'application générale ou restreinte dans une perspective pragmatique, et de raisonner comme s'il s'agissait de choisir la solution la meilleure au plan législatif. Les arrêts et décisions en matière de droits acquis montrent en effet que le juge cherche à appliquer au problème dont il est saisi la solution la plus raisonnable qu'il lui soit permis de retenir, compte tenu des contraintes que font peser sur lui le texte de loi et la jurisprudence.

Quant aux juges, qui ont parfois exprimé la difficulté qu'ils avaient à appliquer le principe du maintien des droits acquis, ils auront, à la lecture des pages qui précèdent, constaté combien délicate est la tâche qu'on leur confie lorsqu'on s'en remet au droit commun en matière d'application restreinte ou générale. Il y a évidemment des cas plus simples que d'autres, lorsque la jurisprudence est fixée ou lorsque la balance des arguments penche nettement en faveur d'une solution donnée. Mais c'est loin d'être généralement le cas, et l'on attend alors du tribunal que, dans le flou des concepts et la faiblesse des présomptions, il choisisse la solution la moins mauvaise, celle qui conciliera l'inconciliable, c'est-à-dire la continuité et le changement, et qu'en plus il nous démontre que cette solution a été voulue par le « bon législateur ». Comment se surprendre alors que certains des arguments invoqués pour justifier l'application générale se révèlent en nette contradiction avec le principe même que la cour devrait appliquer ?

Tous ceux, enfin, qu'intéressent la recherche et la réflexion sur le phénomène juridique et, en particulier, l'étude de la théorie de l'interprétation et de l'application de la loi, auront pu voir combien la question de l'application générale ou restreinte de la loi nouvelle reste en grande partie sans réponse. Deux pistes au moins s'offrent aux chercheurs : celle de la définition du problème de l'application générale ou restreinte et celle des solutions qu'on devrait lui apporter.

Quant à la définition du problème, elle repose, dans le droit positif, sur la notion floue de « droits acquis ». On peut prendre le parti de croire qu'il serait illusoire de songer à s'écarter de la façon classique, dans notre droit, de concevoir le problème de l'application restreinte, c'est-à-dire une conception liée aux droits acquis. Alors, ne pourrait-on pas mieux circonscrire cette notion, sans lui faire perdre la souplesse qui la rend si utile en pratique ? On

peut, au contraire, estimer, et c'est là notre point de vue, que la notion de droit acquis est impossible à préciser davantage sans mettre en cause sa fonction même du terme flou donnant ouverture à l'exercice du pouvoir d'appréciation du juge. Alors, la recherche et la réflexion devraient sans doute porter sur une ou des méthodes rechange de définition du problème. À cet égard, les travaux de Jacques Héron, en particulier le concept de la dispersion des faits qu'il propose²⁴⁶, ouvrent des perspectives qui semblent d'autant plus intéressantes que la méthode qu'il propose ne présume pas du choix de la modalité d'application qu'il conviendrait de faire dans les cas d'espèce.

Étant admis que la solution du problème, que le choix entre l'application générale ou restreinte, relève entièrement du domaine du jugement d'opportunité, il revient aux chercheurs d'identifier les facteurs qui devraient être pris en compte par ceux qui doivent trancher. On a tenté ici de mettre en évidence les éléments qui semblaient influencer sur les décisions de justice en droit public canadien. D'autres recherches pourraient porter sur la jurisprudence de droit privé.

Et que dire des pratiques législatives, dont on sait si peu de choses. Toute étude qui dépasserait la simple nomenclature des dispositions transitoires apparaît extrêmement difficile à réaliser, exigeant que le chercheur sorte du champ de spécialisation que lui impose la vie professionnelle pour travailler sur un matériau brut, c'est-à-dire avec des textes législatifs dont la substance, contrairement à l'arrêt de jurisprudence, lui échappera s'il n'est déjà familier avec la matière traitée.

Voilà effectivement toute la difficulté, et tout défi du droit transitoire, discipline dont le développement dépend, en dernier ressort, d'un effort interdisciplinaire.

246. *Supra*, note 47.